دكتور
رشدى شحاته أبو زيد
كلية الحقوق ـ جامعة حلوان

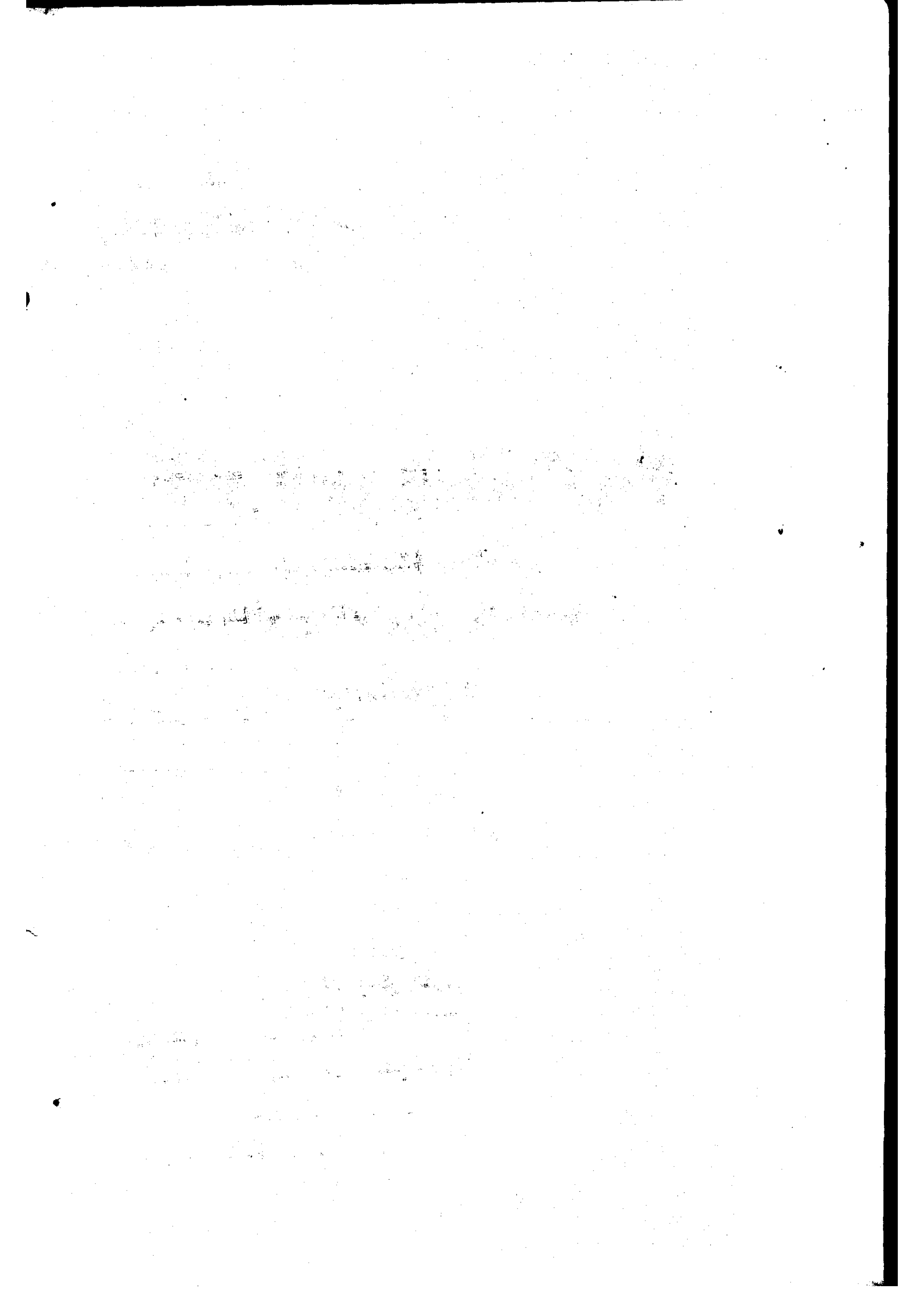
الاشتراط فى وثيقة الزواج

فى الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية

دراسة مقارنة

الطبعة الأولى
١٤٢١ هـ ـ ٢٠٠١ م

الناشر
دار الفكر العربى
٦ أ ش جواد حسنى



قال تعالى :

بسم الله الرحمن الرحيم

" من المؤمنين رجال صدقوا ما عاهدوا الله عليه ، فمنهم من قضى نحبه ومنهم من ينتظر ، وما بدلوا تبديلا ، ليجزى الله الصادقين بصدقهم ويعذب المنافقين إن شاء أو يتوب عليهم إن الله كان غفوراً رحيما " (١) .

(صدق الله العظيم)

قال صلى الله عليه وسلم :

" ستظل طائفة من أمتى قائمة على الحق إلى يوم الدين لا يضرها من خالفها " (٢) .

(صدق رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم)

---

(١) من سورة الأحزاب : الآيتان (٢٣ ، ٢٤) .

(٢) أخرجه الإمام مسلم فى صحيحه ــ كتاب الامارة باب قول النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ لاتزال طائفة من أمتى ظاهرين على الحق لا يضرهم من خالفهم ، جـ ٣، ص ١٥٢٣ ح رقم ١٩٢٠. عن ثوبان قال: قال رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم: " لاتزال طائفة من أمتى ظاهرين على الحق لا يضرهم من خذلهم حتى يأتى أمر الله وهم كذلك " ، ط عيسى الحلبى ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى .

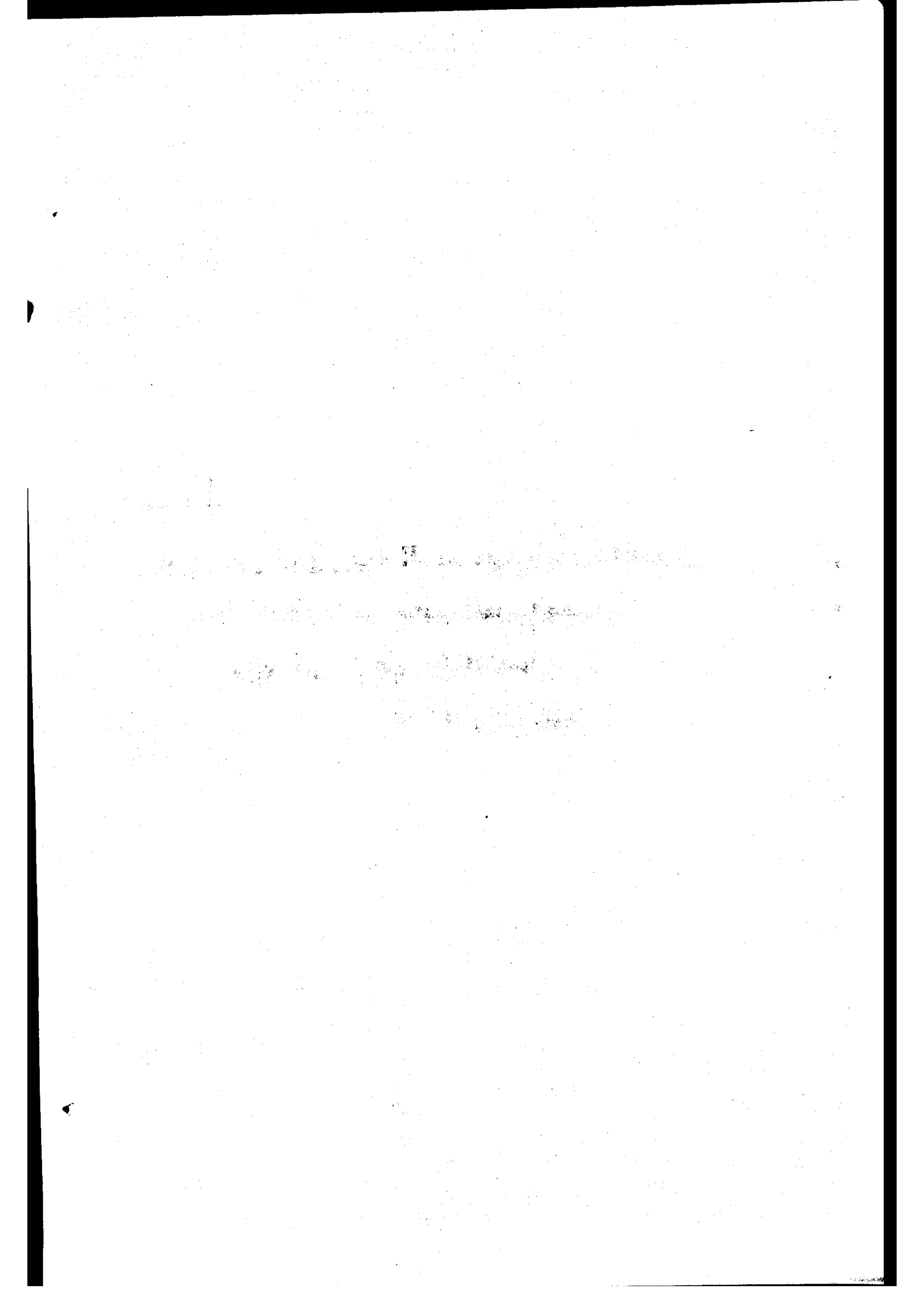
إهــداء

إلى روحيّ والديّ وجدي الحاج عبد الحميد اللذين

حبّبهما الله في الخير وحبّب الخير فيهما .

وإلى كل من على شاكلتهما

أهدي هذا البحث



المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى شرح صدورنا للإسلام وشرع لنا من الدين ما وصى به رسله الكرام ووفقنا لفهم شريعة خير الأنام، تلك الشريعة التى جاءت خاتمة للشرائع ، وجامعة للمصالح والمنافع .

وأصلى وأسلم على سيدنا محمد خاتم النبيين ، وعلى آله وأصحابه ينابيع الحكم وهداة الأمم .

فالشريعة الإسلامية تختلف عن القانون الوضعى فى أن قواعدها دائمة ولا تقبل التغيير والتبديل وهذه الميزة التى تتميز بها الشريعة الإسلامية تقتضى من الوجهة المنطقية :

أولاً : أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من المرونة والعموم بحيث تتسع لحاجات الجماعة مهما طالت الأزمان وتطورت الجماعة وتعددت الحاجات وتنوعت .

ثانياً : أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من السمو والارتفاع بحيث لا يمكن أن تتأخر فى وقت أو عصر عن مستوى الجماعة .

والواقع أن ما يقتضيه المنطق متوفر بوجهيه فى الشريعة الإسلامية ، بل هو أهم ما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع السماوية والوضعية ، فقواعد الشريعة

الإسلامية ونصوصها جاءت عامة ومرنة إلى آخر حدود العموم والمرونة كما أنها وصلت من السمو درجة لا يتصور بعدها سمو [١] .

فالشريعة الإسلامية جاءت وافية بحاجات الناس ونصوصها قادرة على تحقيق مصالحهم فى كل واقعة تعن أو نازلة تحدث .

وإذا فرض ووجدت وقائع ليس لها نص بعينه ، أمكن إعطاؤها حكماً يحقق مصلحة ، من نوع أو جنس المصالح التى ابتغى الشارع تحقيقها [٢] .

ومن المعروف أن القانون الوضعى كالوليد ينشأ صغيراً ضعيفاً ، ثم ينمو ويقوى شيئاً فشيئاً حتى يبلغ أشده ، وهو يسرع فى التطور والنمو والسمو كلما تطورت الجماعة التى يحكمها وأخذت بحظ من الرقى والسمو .

ويبطئ فى تطوره ونموه كلما كانت الجماعة بطيئة النمو والتطور . فالجماعة إذن هى التى تخلق القانون الوضعى وتضعه على الوجه الذى يسد حاجاتها وينظم حياتها ، وهو تابع لها وتقدمه مرتبط بتقدمها .

---

(١) مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، أ . د . / يوسف القرضاوى ، مكتبة وهبه ، الطبعة الرابعة ، ١٤٢١ هـ ـ ٢٠٠١ م ، ص ٣٠ .

(٢) نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى ، أ . د . / حسين حامد حسان ، جامعة الأزهر ، ١٩٧١ م ، ص ٦٠٧ .

أما الشريعة الإسلامية فليست من صنع الجماعة ، ولم تكن نتيجة لتطور الجماعة وتفاعلها كما هو الحال فى القانون الوضعى.

فلم تكن الشريعة الإسلامية قواعد قليلة ثم كثرت ، ولا مبادئ متفرقة ثم تجمعت ، ولا نظريات أولية ثم تهذبت ، ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سايرت تطورها ونمت بنموها . وإنما ولدت شابة مكتملة من صنع الله الذى أتقن كل شئ خلقه ، ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعة مانعة لا ترى فيها عوجاً ، ولا تشهد فيها نقصاً ، أنزلها الله تعالى من سمائه على قلب رسوله محمد ــ صلى الله عليه وسلم ــ فى فترة كثيرة لا تجاوز المدة اللازمة لنزولها ، فترة بدأت ببعثة الرسول وانتهت بوفاته أو انتهت يوم قال الله تعالى: " اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً " [١] ، [٢] .

ولم تأت الشريعة الإسلامية لجماعة دون جماعة ، أو لقوم دون قوم ، أو لدولة دون دولة ، وإنما جاءت للناس كافة من عرب وعجم ، شرقيين وغربيين على اختلاف مشاربهم وتباين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم . فهى شريعة كل أسرة ،

---

(١) مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، أ . د . / يوسف القرضاوى ، الناشر مكتبة وهبه ، ص ٢٥ ، ٢٦ ، ٣٣ .

(٢) سورة المائدة : الآية (٣) .

وشريعة كل قبيلة ، وشريعة كل جماعة ، وشريعة كل دولـــة ، بل هى الشريعة العالمية التى استطاع علماء القانون الوضعـــى أن يتخيلوها ، ولم يستطيعوا أن يوجدوها .

وقد جاءت الشريعة الإسلامية كاملة لا نقـــص فيـــها ، جامعة تحكم كل حالة ، مانعة لا تخرج عـــن حكمـــها حالـــة ، شاملة لأمور الأفراد والجماعة والدول فـــهى تنظـــم الأحـــوال الشخصية والمعاملات وكل ما يتعلق بالأفراد ، وتنظم شـــئون الحكم والإدارة والسياسة وغير ذلك مما يتعلق بالجماعة . كمـــا تنظم علاقات الدول بعضها بالبعض الآخر فى الحرب والسلم.

ولم تأت الشـــريعة الإســـلامية لوقـــت دون وقـــت ، أو لعصر دون عصر أو لزمن دون زمن ، وإنما هى شريعة كـــل وقت وشريعة كل عصر وشريعة الزمن كله حتـــى يـــرث الله الأرض ومن عليها [١] .

ومن الآثار التى تترتب على عموم شـــريعتنا وخلودهـــا صالحة لكل زمان ومكان :

* أن الناس أحرار فى إنشاء العقود لأن حاجات النـــاس متجددة تبعاً لتطور المجتمعـــات وارتقائـــها ولاشـــك أن ذلـــك يقتضى ضروباً من التعامل لم تكون معروفة من قبل ولم يـــرد لها ذكر فى نصوص الشرع .

---

(١) المرجع السابق ص ٢٦ .

فالأصل فى العقود الإباحة إلا إذا ثبت دليل على خلاف هذا وفى قواعد الشريعة الإسلامية العامة سياج يحمى هذا النوع من العقود أن يتردى شئ منها فى الزلل [1] .

* أما الآثار المترتبة على إبرام العقود فالأصل فيها أنها من صنع الشارع وجعله ، أى أن العقود أسباب جعلية ، وضعها الشارع ليتوصل بها إلى مسبباتها التى أوجبها وجعلها أثاراً لها ، وليست بأسباب طبيعية [2] .

فقد ورد فى الفقه الإسلامى نصوص شرعية تقرر للعقود آثارها ، ووردت فيها نصوص أخرى ، بعضها عام ، وبعضها خاص فيما يتصل بمدى حق المتعاقدين فى تعديل آثار العقود ، بالإضافة عليها ، أو النقص منها وذلك بشروط يشترطانها فى عقودهما .

بمعنى أنه متى اتجهت الإرادة إلى إنشاء العقد نشأ ذلك العقد، ولكن آثاره مرجعها إلى صنع الشارع ، سواء أراد العاقد هذه الآثار أو لم يردها ، فالشخص حر أن يبيع أو لا

---

(١) سبل السلام شرح بلوغ المرام ، للشيخ الإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمنى الصنعانى، المتوفى سنة ١١٨٢ هـ ، تحقيق عصام الصبابطى، عماد السيد ، طبعة دار الحديث ــ القاهرة جـ ص ١ ، أعلام الموقعين عن رب العالمين ، لابن قيم الجوزية، المتوفى ١٣٨٩ هـ ، جـ ص٢.

(٢) الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للأستاذ الدكتور / أحمد فراج حسين ــ طبعة الدار الجامعية ١٩٨٧ م ص ١٨٦ .

يبيع ، وحر فى أن يشترى أو لا يشترى ، ولكنه إذا أقدم على البيع أو على الشراء تترتب آثار البيع والشراء ، سواء أراد هذه الآثار أو لم يردها .

وهذه الآثار التى رتبها الشارع على العقد قد يجد فيها المتعاقدان ما يحقق رغباتهما فلا يزيدان عليها ولا ينقصان منها ، وفى هذه الحالة يُقال : إن الصيغة صدرت مطلقة عن الشروط اكتفاء بما ترتبه من آثار وحقوق .

وقد يريان أو أحدهما ، أنها فى جملتها غير محققة لأغراضهما ، فيشترطان أو أحدهما شرطا أو أكثر ، من شأنه أن يعدل من آثار العقد بالزيادة أو النقصان عن تراض منهما ، وعندئذ تصدر الصيغة مقترنة ببعض الشروط والقيود التى تغير من أثر الصيغة الأصلية بالزيادة أو النقص (١) .

غير أن ترك الناس وشأنهم فى ترتيب ما يشاءون من آثار على العقود وفقاً لرغباتهم وأهوائهم التى لا تنتهى عند حد تخرجهم عن حدود ما أمر الله به من العدل والمساواة ، وتنتشر فى عقودهم الغرر (٢) .

---

(١) الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ، للأستاذ الدكتور / أحمد فراج حسين ، ص ١٨٦ .

(٢) الغرر : ما يكون مجهول العاقبة لا يدرى أيكون أم لا .

وأما التغرير : فهو فى اللغة إيقاع شخص فى الغرر (بفتحتين) ، أى فى الخطر. والخطر هو الإشراف على الهلاك وخوف التلف وخاطر بنفسه =

والجهالة والربا [1] . فضلا عما قد يستتبعه ذلـــك مـــن

== فعل ما يكون الخوف فيه أغلب . (المصباح المنـــير ، لســـان العـــرب ، التعريفات ، للشريف على بن محمد الجرجانى ، المكتبة الفيصلية ، مكـــة المكرمة ، ص ١٦١) .

وفى الاصطلاح : الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة ، لـــترغيب أحـد المتعاقدين فى العقد وحمله عليه .

وقال السرخسى : الغرر هو ما يكون مستور العاقبة . (المبسوط ، جــــ ١٣ ، ص ١٩٤ ، طبعة ١٩٥٨ ، مطبعة جامعة دمشق) .

وقال الشرقاوى : العقد الذى فيه غرر هو مـــا انطـــوى عنـــا عاقبتـــه . (الشرقاوى على تحفة الطلاب ، جـــ ٣ ، ص ٩ ، ط مصطفى الحلبـــى ، ١٣٦٠ هــ) .

وفى البحر الزخار : معنى الغرر : التردد فى وجـــود المبيـــع أو إمكـــان قبضه كالطير فى الهواء . (البحر الزخار ، جـــ ٣ ، ص ٢٩٣ ، طبعـــة القاهرة ، ١٩٤٨ م) .

وجاء فى فتاوى ابن تيميـــة ، جــــ ٣ ، ص ٢٧٥ : (أن الغـــرر هـــو المجهول العاقبة) .

(١) الربا فى اللغة : هو الزيادة ــ يقال ربا الشئ يربو إذا زاد وأربى الرجل دخل فى الربا وأربى على الخمسين زاد عليها ، والربوة المكان المرتفع . قال تعالى : " أن تكون أمة هى أربى من أمـــة " ، أى أكـــثر . (ســـورة النحل: الآية "٩٢") . وقال تعالى عن الأرض : " .. اهتزت وربـــت .. " ، أى زادت . (سورة الحج : الآية "٥") .

وقال تعالى: " .. ويربى الصدقات .. " ، أى ينميها . (سورة البقـــرة: الآية " ٢٧٦ ") . (التعريفات للجرجانى ، ص ١٠٩ ، لســـان العـــرب ، مادة ر ب و ، المصباح ، مادة ر ب و .
==

غش وخديعة وأكل مال الناس بالباطل .

ومن ثم لم يترك الشارع أمر الشروط يسير حسب أهواء المتعاقدين ورغباتهما الشخصية ، بل نظم للناس تلك الشروط بما يرفع عنهم الحرج ويحقق لهم مصالحهم الحقيقية.

من ثم أجاز أنواعاً من الشروط وحرم أنواعاً أخرى [1] من خلال قواعد فقهية منظمة ومرتبة تبين ما هو مشروع من

-- وفى الاصطلاح : الربا فضل خال عن عوض بمعيار شرعى مشروط لأحد المتعاقدين فى المعاوضة . (تنوير الأبصار ، للعلامة محمد بن عبد الله بن أحمد الخطيب التمرتاشى ، المتوفى سنة ١٠٠٤ ، مطبوع مع شرحه الدر المختار ، جـ ٤ ، ص ١٩٦) .

ومعنى فضل : أى مطلق زيادة سواء كانت زيادة حقيقية أو حكمية .

وخال عن عوض: صفة لفضل أى فضل لم يكن فى مقابل عوض وهذا قيد أول خرج به بيع جنس من الأموال الربوية بغير جنسه سواء كان حالاً أو مؤجلاً إذا اختلفت علة الربا فى البدلين كبيع صاع من قمح بدرهمين مثلاً.

بمعيار شرعى : أى الكيل فيما يُكال والوزن فيما يُوزن .

مشروط : صفة لفضل .

لأحد المتعاقدين : أى مشروط ذلك الفضل لأحد العاقدين .

وفى المعاوضة : قيد خرج به الفضل الخالى عن عوض بمعيار شرعى مشروط لأحد المتعاقدين فى غير عقود المعاوضة كالهبة .

(قطوف من العقود فى الفقه الإسلامى ، دراسة مقارنة ، لأستاذنا الدكتور/ على أحمد مرعى، الطبعة الأولى ، ١٤١٤ هـ ـ ١٩٩٣ م ، ص١١٠).

(١) الملكية ونظرية العقد ، ص ١٨٧ .

الشروط وما هو غير مشروع .

فمشروعية الشرط هو عدم افتئات المتعاقدين على أصل الشرع القائم على عدم تحليل الحرام أو تحريم الحلال [1] .

فالشرط غير المشروع المقصود منه الوصول إلى أمر ممنوع بالقانون أو الوصول إلى تحريم الحلال أو تحليل الحرام بتشويه النصوص أو الاحتيال عليها .

فالغاية من معرفة قواعد الحلال والحرام فى الشروط المقترنة بالعقود هى أساس وصف الشرط بالمشروعية أو عدمها فى فقه الشريعة الإسلامية .

ووثيقة عقد الزواج المقترنة بالدخول الحقيقى هى البداية الحقيقية للتعاون والحرص على بناء حياة جديدة قوامها المودة والرحمة وإصرار الطرفين على تخطى الصعاب وتجاوز المشكلات.

ورغم أن الزواج فى الإسلام تنظيم شرعى محكم يحقق التوازن بين الزوجين وتحكمه قواعد شرعية لا يجوز تغييرها.

ورغم أن عقد الزواج له معانى خاصة ؛ لأنه لا يبنى على المشاحنات والرغبة فى كسب المال أو تحقيق أهداف دنيوية ، إلا أن هناك قاعدة مشهورة تحكم إنشاء العقود مفادها

---

(١) النظريات العامة فى المعاملات فى الفقه الإسلامى ، أبحاث فى نظرية العقد، دروس لطلبة الدراسات العليا ــ شعبة الفقه المقارن ــ كلية الشريعة والقانون ، ص ١٢٤ .

أن العقد شريعة المتعاقدين .

فهل هذه الوثيقة بكل ما تحمله من قيم نبيلة تخضع لهذه القاعدة وتجيز لطرفيها إملاء شروط كل منهما على الآخر . أم أن هناك تناقضاً مع المبدأ الإسلامى وأساس الزواج بأنه سكن ورحمة .

وهذه الوثيقة بما صاحبها من تغيير فى الوثائق الأخرى مثل وثيقة الطلاق والرجعة وغيرهما والتى بدأ العمل بها منذ منتصف شهر أغسطس سنة ٢٠٠٠ جاءت بالكثير من الاختلافات عن سابقتها والتى عمل بها طويلاً .

وأهم موضوع جاءت به الوثيقة الجديدة هو مبدأ إباحة الاشتراط لكلا الزوجين على الآخر .

فقد يشترط أحد الزوجين أو وليه عند إنشاء عقد الزواج على الطرف الآخر أو وليه، الوفاء بشرط من الشروط أو بالتزام من الالتزامات ، قد يرى فيه تحقيق مصلحة أو منفعة له .

وخاصة وأن بعض الجمعيات التى تهتم بشئون المرأة استطاعت فى الفترة الأخيرة أن تقنع المرأة المصرية بأنها تواجه كثيراً من المشاكل لم تكن تواجهها فى العصور الماضية، ولذلك فقد تعددت قوانين الأحوال الشخصية وعدلت بعض أحكامها فى محاولة لإيهام المرأة بأنها تكتسب كل يوم مراكز جديدة تشعرها بالأمان .

ولاشك أن هذا كله جزء من افتراءات شرسة يتعرض لها الإسلام والمسلمون فى هذه الأيام من جانب حملة لواء الحضارات الغربية بعد انتشار العولمة التى يريدون تحت ستارها فرض نماذج الحضارة الغربية على المجتمعات الأخرى ، ويرفضون حق الشعوب فى التمسك بقيمها وخصائصها الحضارية .

لقد فات هؤلاء أن الأحكام الإسلامية التى تنظم الأسرة تميز الأفكار الدخيلة على الفكر الإسلامى فى صورة عادات وتقاليد وفدت إلى البلاد الإسلامية مع الغزاة الفاتحين من تتار ومماليك وصليبيين.

وأن الزواج الإسلامى يقوم على انصراف نية الزوجين إلى إقامة علاقة زوجية شرعية بشروطها .

والسؤال الآن : هل ما جاءت به وثيقة الزواج الجديدة من إقرار وإتاحة الفرصة لأحد الزوجين أن يُضمِّن وثيقة الزواج ما يراه من شروط تحقق له هدف معين يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامى وعادات وتقاليد مجتمعنا الإسلامى ، خاصة بعد أن أصبحت هذه الوثيقة حقيقة واقعة فى حياتنا [1] .

---

(١) صدر قرار وزير العدل رقم ١٧٢٧ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بشأن لائحة المأذونين الجديدة الصادرة فى ٢٠٠٠/٥/١٨ ، والتى صدرت بعد صدور قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

ولا خلاف فى أن العبرة فى مدى صحة اقتران وثيقة عقد الزواج بالشرط هو الدليل الشرعى .

وسأحاول بيان مدى صحة اتفاق الطرفين مع أحكام القرآن والسنة ، كما أنه من المعروف أن الاستنباط من القرآن والسنة محكوم بقواعد دقيقة مستقرة فى علم أصول الفقه .

وأرجو أن يجد كل من الزوجين وكل المقبلين على الزواج بعض ما يهمه معرفته عن الأحكام الشرعية الخاصة بوثيقة الزواج الرسمية التى يتنادى العالم الإسلامى من مشرقه إلى مغربه ، بضرورة الاحتكام إليها فى كل جوانب الحياة الزوجية .

وأقصد من هذه الدراسة الدفع عن شريعة الله عز وجل ضد ما قد ينسب إليها مما ليس منها ، وحماية الأسرة المسلمة من أخطار تطبيق أحكام بعيدة عن دينها ، وتصحيح كثير من المفاهيم الخاطئة التى أصبحت معها أحكام الشريعة الإسلامية فى مجال الأسرة تكاد تكون مجهولة فى أكثر البيوت وفى بعض وسائل الإعلام .

-- ويشتمل على (٧٩) مادة عدا مواد قانون إصداره الست .

وقد صدر هذا القانون فى ٢٢ شوال سنة ١٤٢٠ هـ الموافق ٢٩ يناير سنة ٢٠٠٠ م، ونشر فى الجريدة الرسمية فى نفس يوم صدوره وأصبح معمولا به بعد شهر من تاريخ نشره، أي ابتداء من أول مارس سنة ٢٠٠٠.

وهذه الدراسة تشتمل على ثلاثة فصول :

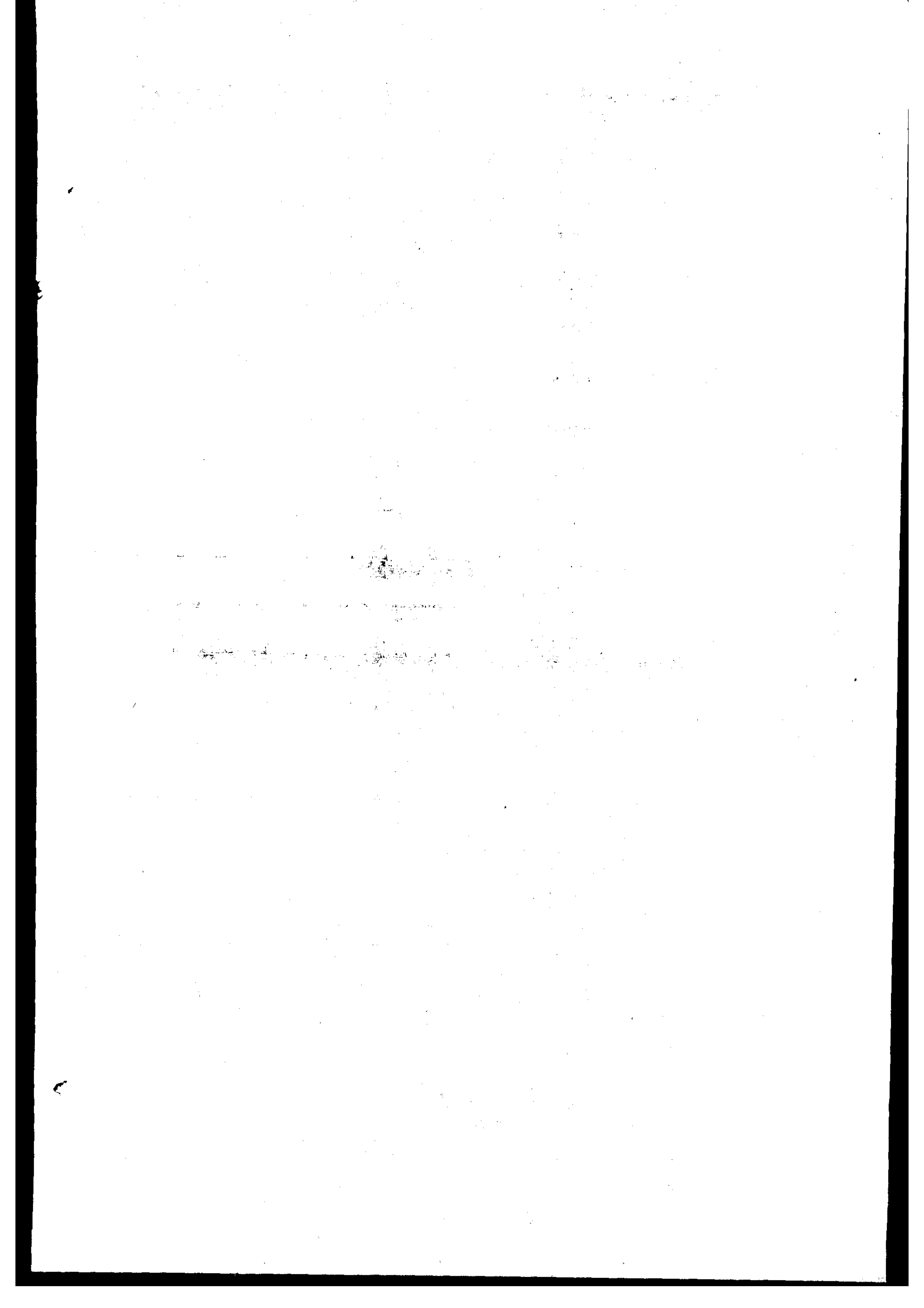
الفصل الأول : التعريف بالشرط وبيان خصائصه وأقسامه .

الفصل الثانى : مبدأ الاشتراط فى الفقه الإسلامى .

الفصل الثالث : الاشتراط فى عقد الزواج .

الفصل الأول

التعريف بالشرط وبيان خصائصه وأقسامه



تمهيد :

التصرفات القولية ، ومنها العقود ، لها من حيث الإطلاق والتقييد حالتان عامتان :

فهى إما أن تصدر من المتكلم منجزة ومطلقة ، أى خالية عن كل قيد وشرط ، وعندئذ يوجد التصرف أو العقد فى الاعتبار الشرعى ، وتترتب عليه أحكامه وآثاره من فور إنشائه . وذلك كما لو قال أحد العاقدين للآخر مثلاً : بعتك فرسى هذه ، أو قال آجرتك دارى هذه سنة بكذا جنيه وقبل الآخر ، فإنه ينبرم العقد ويأخذ حكمه فى الحال فيمتلك المشترى المبيع ، ويمتلك المستأجر المنفعة لقاء البدل المسمى الذى يستحق عليها ، وعندئذ يسمى العقد منجزاً مطلقاً[1] .

وإما أن تصدر من المتكلم مربوطة بأمر يُقصد به :

---

(١) وكل العقود يصح تنجيزها إلا ما لا يقبل ذلك بطبيعته كالوصية والإيصاء، فإن حكم كل منهما لا يثبت إلا بعد موت الموصى ، ولو كانت الصيغة منجزة ، كقوله أوصيت لفلان بكذا من مالى وأقمت فلاناً وصياً على أولادى.

والعقد المنجز المجرد قد يكون غير مؤقت (مطلق) مثل قول البائع بعت لك دارى الفلانية ، تزوجتك ، وهبت لك .. وهكذا .

وقد يكون منجز مجرد مؤقت مثل قول المؤجر أجرت لك دارى مدة سنة ، أو أعرتك دابتى ثلاثة أيام .

(الالتزامات فى الشرع الإسلامى (٢) للمرحوم / أحمد إبراهيم بك ، توزيع دار الأنصار ، ص ١٦٩ ، ١٧١) .

ـ تعليق وجود العقد ، أى ربط وجوده بوجود شئ آخر بحيث لا يوجد العقد ما لم يوجد ذلك الشئ .

ـ أو تقييد حكمه وآثاره .

ـ أو تأخير مفعوله إلى زمن معين .

ومن ثم يتضح لى أن تعليق العقود على الشروط أو اقترانها بها أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، ومن ثم فإن المكلف لا يستغنى عنه عند إبرامه للعقود .

وقبل بيان حكم اقتران العقود بالشروط أشير هنا إلى التعريف بالشرط على أساس أن الحكم على الشئ فرع عن تصوره.

ومن ثم فإن هذا الفصل يشتمل على ثلاثة مباحث كما يلى :

المبحث الأول : تعريف الشرط لغة واصطلاحاً .

المبحث الثانى : خصائص الشرط فى الفقه الإسلامى .

المبحث الثالث : أقسام الشرط في الفقه الإسلامى .

المبحث الأول

التعريف بالشرط فى الفقه الإسلامى

التصرفات القولية ومنها العقد يحتاج تكوينه فهماً دقيقـــاً يتميز فيه أثر كل من العناصر التى يتوقف تكوينـــه وإنشـــاؤه عليها، ومن ثم يجب إيضاح بعض ألفاظ اصطلاحية يمكـــن أن تتصل بالعقد اتصالاً مباشراً .

وأشير فيما يلى إلى تعريف الشرط والتمييز بينـــه ومـــا يشبهه من ألفاظ فى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الشرط فى اللغة .

المطلب الثانى : تعريف الشرط فى الاصطلاح .

المطلب الثالث : التفرقة بين الشرط وما يشبهه من ألفاظ .

المطلب الأول

تعريف الشرط فى اللغة

الشرط فى اللغة :

◆ يأتى بمعنى العلامة اللازمة وأول الشئ وابتدائه [١] .

قال تعالى : "فهل ينظرون إلا الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء أشراطها " [٢] ، أى جاءت علامتها اللازمة ، أو الحوادث الدالة على قربها لتكون الساعة آتية لا محالة [٣] .

فالشرط ــ بتحريك الراء ــ العلامة . ومنه الشرطة ــ بضم الشين المشددة وسكون الراء ــ حفظة الأمن فى البلاد ؛ لأنهم يمتازون بعلامات فى ألبستهم تميزهم عن سواهم .

◆ ويأتى الشرط بمعنى التزام الشئ والتزامه فى بيع ونحوه[٤].

ومنه الشروط فى الوثائق لأنها تكون لازمة . يقال : شرط فلان فى البيع على فلان ، كذا يشرط ــ بسكون الراء

---

(١) المصباح المنير .

(٢) من سورة محمد : الآية (١٨)

(٣) القاموس المحيط ، لمحمد بن يعقوب مجد الدين الفيروزابادى ، المتوفى سنة ٨١٧ هـ ، الطبعة الأولى ، جـ ٢ ، ص ٣٦٨ ، مادة شرط .

(٤) لسان العرب ، لجمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصارى المصرى ، المتوفى سنة ٧١١ هـ ، طبعة بيروت ، سنة ١٩٥٦م ، ص ٣٢٩ ، وأصول السرخسى ، جـ ٢ ، ص ٣٠٢ .

وضمها ـ ألزمه . ويُقال (شارطه إذا شرط كل منهما على صاحبه) .

والشرط بهذه المثابة يستهدف بيان حقوق وواجبات المتعاقدين ، أو المشترط والمشترط عليه .

وجمع الشرط : شروط ، ومثله شريطة وجمعها : شرائط[1]. ويجمع الشرط بفتحتين على أشراط ، ومنه (أشراط الساعة).

وقد جاء في المثل : (الشرط أملك) عليك أم لك .

ومعناه أن الشرط يملك صاحبه في إلزامه إياه المشروط

---

(١) ذهب صاحب كتاب الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد إلى تخصيص لفظ "الشرائط" بالشرط الذى يكون مصدره الشرع فيتوقف عليه وجود المشروط شرعاً ، كأهلية العاقد لأجل انعقاد العقد . وتخصيص لفظ (الشروط) جمع شرط ، بما يكون مصدره إرادة الشخص . وهي الشروط الجعلية والالتزامية كتعليق الكفالة والطلاق ، والقيود والالتزامات التي يشترطها المتعاقدان على أنفسهما .

وقد رجح هذا الاصطلاح للتمييز بين الشرائط الشرعية والشروط العقدية في التسمية لأنهما موضوعان متميزان في مفهومهما وآثارهما ؛ لأن الأول من إرادة الشارع والثاني من إرادة العاقد ، فأحدهما تشريع والثاني تصرف ، فيجب أن يتميزا في التسمية .

وسيأتي تفصيل كل من الشرطين أثناء الحديث عن أقسام الشرط في الفقه الإسلامي في المبحث الثالث من هذا الفصل .

(المدخل الفقهي العام ، للأستاذ / مصطفى أحمد الزرقا ، الطبعة التاسعة ، ١٩٦٧ ـ ١٩٦٨ م ، جـ ١ ، ص ٣١٠) .

سواء أكان له أم عليه ، ومنه أطلق الشـــرط لغــة علــى مــا يشترطه الإنسان فى عقوده والتزاماته على نفســـه أو غــيره ؛ لأنه كعلامة تميز العقد عن أمثاله بأحكام إضافية تخصه اتفـــق عليها الطرفان .

والشرط عند النحاة : هو ترتيب أمر على أمـــر آخــر بأداة من أدوات الشرط ، مثل : إن وإذا ومهما (١) .

(١) المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية بمصر ، جـ ١ ، ص ٤٨١ .

المطلب الثاني

معنى الشرط في اصطلاح الفقهاء

الشرط هو : " التزام أمر لم يوجد فى أمر وجد بصيغة مخصوصة " .

أى التزام المتصرف بتصرفه فى أمر من الأمور زائد على أصل التصرف سواء أكان هذا الالتزام زائداً عن مقتضى التصرف أم لا . وسواء كان فيه منفعة للملتزم أم لغيره أم لا ، وذلك بكلمة بشرط كذا ، أو على أن يكون كذا .. أو ما شابه ذلك (١) .

أو هو : " الحكم على الوصف المعين بكونه شرطاً " .

وفى الشرع : أمر خارج عن ماهية الشئ يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته (٢) .
فالشرط وصف خارج عن ماهية المشروط وحقيقته ، أى ليس جزءاً منه يلزم من عدمه عدم المشروط (الحكم) ولا يلزم من

---

(١) الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ، المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ، دار الطباعة العامرة ، ١٢٩٠ هـ ، جـ ٢ ، ص ٢٢٤ ، نظرية الشرط فى الفقه الإسلامى ، لأستاذنا الدكتور حسن على الشاذلى ، دار الاتحاد العربى للطباعة ، ص ٥١ ، نظرية العقد فى الفقه الإسلامى ، للأستاذ الدكتور / محمود شوكت العدوى ، طبعة ١٩٧٨ م ، ص ١٤٣ .

(٢) قليوبى وعميره ، جـ ١ ، ص ١٧٥ .

وجوده وجود المشروط .

و ما لا يتم الشئ إلا به ولا يكون داخلاً في حقيقته ، كاستقبال القبلة بالنسبة للصلاة والعقل بالنسبة للعاقد . ومثال ذلك أيضاً حضور الشاهدين في عقد الزواج ، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل " [1] ، فإنه شرط في صحة النكاح؛ لأنه وصف يتوقف عليه وجود الزواج شرعاً ، أي وجود حقيقة الزواج ، وماهيته وليس حضور الشاهدين جزءاً من حقيقة الزواج وماهيته ، ويلزم من عدم حضور الشاهدين عدم صحة الزواج، ولكنه لا يلزم من وجود الشاهدين وجود الزواج ، لجواز انتفاء شرط آخر أو وجود مانع .

والوضوء شرط في صحة الصلاة ؛ لأنه وصف يتوقف عليه وجود الصلاة الشرعية وهو خارج عن حقيقة الصلاة ؛

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه ــ كتاب النكاح ٣/٢٢١ــ٢٢٢ ، حديث رقم ١١ عن ابن عباس ، ط دار المحاسن للطباعة والنشر ، تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني سنة ١٣٨٦ هــ ــ ١٩٦٦ م .

وأخرجه ابن حبان في صحيحه كتاب النكاح ــ باب ذكر نفي إجازة عقد النكاح بغير ولي وشاهدي عدل ٩/٣٨٦ ، ح رقم ٤٠٧٥ عن عائشة ــ رضي الله عنها ، ط مؤسسة الرسالة ، تحقيق شعيب الارنؤوط ، الطبعة الثانية ، سنة ١٤١٤ هــ ــ ١٩٩٣ م .

وأخرجه الطبراني في الفتح الكبير عن أبي موسى ، جــ ٢ ، ص ٣٤٩ .

لأنه ليس جزءاً منها ، ولكن يلزم من عدمه عدم الصلاة شرعاً ولا يلزم من وجوده وجود الصلاة ، فقد يتوضأ ولا يصلى .

وعند الأصوليين : هو كل أمر يتوقف عليه وجود الشئ دون أن يكون جزءاً منه [(1)] . فالشرط هنا أمر خارج عن حقيقة المشروط ولا يلزم من وجوده وجوده .

وفى هذا يختلف عن السبب الذى يستلزم وجوده وجود المسبب ويلزم من عدمه عدم المسبب ، بمعنى أن السبب إذا كان يؤثر من جهة الوجود والعدم ، فإن الشرط يؤثر من ناحية العدم فحسب دون ناحية الوجود [(2)] .

فالشرط أو الشريطة فى اصطلاح الفقهاء والأصوليين : كل أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً وهو خارج عن ماهيته .

أى أن عدم الشرط يستلزم عدم الأمر المشروط له ، أما وجود الشرط فلا يستلزم وجود المشروط[(3)].

---

(1) الحكم الشرعى عند الأصوليين ، الأستاذ الدكتور / حسين حامد حسان ، طبعة ١٩٧٢ ، ص ٧٥ .

(2) علم أصول الفقه ، للأستاذ / عبد الوهاب خلاف ، طبعة ١٩٦٨ ، ص ١١٩ .

(3) مثل قابلية المال المبيع للتمليك ، فإنها شريطة لانعقاد البيع ، فإذا لم يكن المال المبيع قابلاً للتمليك لا ينعقد البيع ، كما فى المال الموقوف .

وكذا كون المبيع مقدور التسليم ، فلو باع حيواناً شارداً منه لا يقدر على تسليمه فالبيع باطل .

ففقدان أحد الشروط قد اقتضى عدم انعقاد البيع شرعاً ، لكن تحقق =

ومما اقتضى وضع شئ شرطا لشئ قوله تعالى : " ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا " [1] . فقد اقتضى أن استطاعة السبيل إلى البيت شرط لإيجاب حجه .

ويمكن تعريف الشرط المقترن بالعقد أو شرط التقييد أو العبء لا شرط التعليق فى الفقه الإسلامى بأنه : " التزام العاقد فى عقده أمرا زائدا على أصل العقد ، سواء أكان مما يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكدا له ، أم كان مخالفا له ، وسواء أكان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط ، أم كان الاشتراط لصالح

-- هذه الشروط فى الحال لا يوجب وجود البيع .

وكل هذه الشروط أمر خارج عن معنى البيع وليست أجزاء ذاتية فى عملية العقد وماهيته ؛ لأن حقيقة العقد إيجاب وقبول ، وإنما المال محل له ، والعاقد فاعل . ولذلك كانت الشروط بوجه عام مكملات للأمور المشروطة لها فى نظر الشارع كتكميل الصفة للموصوف ، بحيث أن عدمها يخل بالمقاصد الشرعية من الأحكام . فالقدرة على تسليم المبيع مكملة لغاية البيع؛ لأنه سبب للملكية وغاية الملكية الوصول إلى الانتفاع ، فعدم إمكان تسليم المبيع يخل بهذه الغاية المشروع لأجلها ، فلذا كانت هذه القدرة شرطا فى البيع . وكذا نظر التشريع فى كل الشرائط التى يشترطها بالنسبة إلى مشروطاتها .

(الموافقات فى أصول الأحكام ، لأبو اسحاق إبراهيم بن موسى اللخمى الغرناطى ، المعروف بالشاطبى (٧٩٠ هـ)، طبعة محمد صبح، جـ ١، ص٢٦٢، المدخل الفقهى العام، جـ ١، ص ٣٠٥) .

(١) سورة آل عمران : الآية (٩٧) .

الغير ، أم لم تكن هناك منفعة لأحد مطلقا " [١] .

معنى الشرط المقترن بعقد الزواج :

هو اقتران عقد الزواج بالتزام أحد طرفيـــه أو كليـــهما بالوفاء بأمر زائد عما يقتضيه العقـــد ، بنـــاء علـــى اشـــتراط الطرف الآخر بأية عبارة تفيد ذلك [٢] .

المناسبة بين المعنى اللغوى والمعنى الاصطلاحى :

هذه المناسبة ظاهرة ؛ لأن الشـــرط المقـــارن هـــو مـــا يوضع ليلتزم به فى العقد . فالشـــرط المقـــارن يدخـــل تحـــت الشرط لغة بهذا المعنى ، والمناسبة ظاهرة أيضا بين الشـــرط (بالتحريك) بالمعنى اللغوى وبين الشرط المعلـــق عليـــه ؛ لأن الشرط هو علامة الشئ وأوله ، وفى التعليق لابد من حصـــول الشرط المعلق عليه أو لا حتـــى يمكـــن وقـــوع المشـــروط . فالشرط المعلق عليه هو علامة على إمكان وقـــوع المشـــروط وهو ابتداء وقوع المشروط [٣] .

---

(١) المدخل للفقه الإسلامى ، الأستاذ الدكتور / محمد سلام مدكور ، طبعـــة سنة ١٩٦٣ ، ص ٦٩٣ .

(٢) أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى ــ القسم الأول ــ عقد الزواج وآثـــاره ، الأستاذ الدكتور / محمود بلال مهران ، الطبعة الأولى ، ١٤٢١ هـــ ــ ٢٠٠٠ م ، دار الثقافة العربية ، ص ٢٨٩ .

(٣) الاشتراط لمصلحة الغير فى الفقه الإسلامى والقانون المقارن ، الدكتـــور/ عباس حسن محمد ، طبعة ١٩٨٤ م ، ص ٢١ ، ٢٢ .

المطلب الثالث

التفرقة بين الشرط وما يشبهه من ألفاظ

هناك بعض الألفاظ الاصطلاحية قد يختلط معناها لدى البعض ، لذا لزم التعريف بها .

أولا : الشرط والركن :

الركن فى اللغة : هو الجانب القوى الذى يعتمد عليه الشئ ، ومنه ركن البيت وزواياه التى يرتكز عليها وتمسك بناءه (١) .

فى الاصطلاح الفقهى :

يختلف معنى الركن عند الأحناف عنه لدى الجمهور :

أ ـ الركن عند الأحناف :

هو : ما توقف الشئ على وجوده وكان جزءا من حقيقته ، أو هو جزء الشئ الذى لا يتصور وجوده إلا به، كقراءة القرآن فى الصلاة ، فهى ركن لها لتوقف وجودها فى نظر الشارع على تحققها، وهى جزء من حقيقة الصلاة . وكالإيجاب والقبول (الصيغة) فى عقد الزواج ، فإن كلا منهما ركن له يتوقف وجوده على وجودهما وكلاهما جزء من حقيقته.

---

(١) المصباح المنير ، مادة ركن ، مختار الصحاح ، ص ٢٢٥ ، المعجم الوسيط ، جـ ١ ، ص ٣٧٢ .

وهكذا كل ما كان ركنا لشئ فإن ذلك الشئ لا يكون له وجود فى نظر الشارع إلا إذا تحقق ذلك الركن .

أما العاقدان (الفاعل) والمعقود عليه (محل العقد) فهما من لوازم العقد ، لأنهما وإن كان لا يتصور وجود العقد بدونهما إلا أنهما ليسا من أجزائه الداخلة فيه ، بل من لوازمه؛ لأنه يلزم من وجود الإيجاب أن يكون هناك موجب ، وهو أحد طرفى العقد ، وكذلك القبول يلزمه وجود قابل وهو الطرف الآخر ، ووجودهما مرتبطين لا يكون إلا إذا وجد محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط[١] .

ب ـ أما عند جمهور الفقهاء :

فالركن هو ما لابد منه لتصور وجود الشئ ، سواء أكان جزءاً منه أو مختصاً به ، وإن لم يكن جزءاً منه .

وعلى هذا فأركان العقد عند الجمهور ثلاثة وهى : الصيغة (الإيجاب والقبول) ، والعاقد (الموجب والقابل) ،

---

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاسانى ، المتوفى (٥٨٧ هـ) ، طبعة ١٩١٠ م ، جـ ٤ ، ص ١٧٠ ، جـ ٧ ، ص ٢٢١ ، شرح الهداية لكمال الدين بن الهمام ، المتوفى (٨٦١ هـ) ، طبعة ١٣١٧ هـ ، فتح القدير ، جـ ٦ ، ص ٢٤٨ ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، الأستاذ الدكتور / محمد مصطفى شلبى ، طبعة دار النهضة العربية ، ١٤٠٣ هـ ــ ١٩٨٣م، ص ٤١٨ .

والمحل (المعقود عليه) [1] .

وبالتأمل فيما ذهب إليه كل من الفريقين يظهر أن هـــذا الاختلاف لفظي ، وذلك لأن جميع الفقـــهاء متفقـــون علـــى أن العقد لا يوجد فى الخارج إلا إذا وجد عاقدان ومحل وصيغـــة ؛ لأن الصيغة تستلزم وجود العاقدين والمحل ضرورة .

ومما تقدم يتضح أن الركن والشرط يتفقان فى أن الحكـم يتوقف وجوده على وجودهما فعدم كل منها يستلزم عدم الحكـم، فعدم الوضوء الذى هو شرط فى الصلاة يستلزم عـــدم صحـــة الصلاة، وعدم القراءة التى هى ركن فى الصلاة يستلزم عـــدم صحة الصلاة أيضاً فحقيقة الشئ تتوقف على كل منهما .

ويختلف الشرط عن الركن ، فى أن الركن جـــزء مـــن حقيقة الشئ المشروط أو ماهيته . وأما الشرط فهو أمر خـــارج

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، لمحمد بن أحمد بن عرفه الدسـوقى، ١٢٣٠ هــ، مطبعة مصطفى محمد ، جــ ٤، ص ٤٢٢ ، شرح الخرشـــى على مختصر خليل، لأبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشـــى ، المتوفـــى (١١٠١ هــ) ، المطبعة الأميرية ، جــ ٥ ، ص ٥ ، نهاية المحتاج إلـــى شرح المنهاج ، للرملى ، جــ ٦ ، ص ٤٠ ، كشاف القنـــاع عـــن متـــن الإقناع ، لمنصور بن يونس البهوتى ، (١٠٥١ هــ) ، مطبعـــة أنصـــار السنة المحمدية ، جــ ٣ ، ص ٤٥٧ ، ٤٤٨ ، المجموع شرح المـــهذب ، لأبو زكريا محيى الدين بن شرف النووى ، (٦٧٦ هـــ) ، جــــ٩، ص ١٥٧ .

عن حقيقة الشئ المشروط وليس جزءا منه [1] . فالركوع ركن فى الصلاة لأنه جزء من حقيقتها والوضوء شرط صحة الصلاة لأنه أمر خارج عن حقيقتها .

ويختلف الركن عن الشرط فى أن الركن جزء من ماهية الشئ ، وأن الشرط أمر خارج عن الماهية . ولذلك كان حصول خلل فى ركن من الأركان يكون خللاً فى الماهية والحقيقة ، أما حصول خلل فى شرط من الشروط يكون خللاً فى أمر خارج عن الحقيقة وهو الوصف .

ثانياً : الشرط والسبب :

والسبب فى اللغة : هو ما يمكن التوصل به إلى مقصود ما ، أو هو الحبل الذى يتعلق به الإنسان ويتشبث للارتقاء والانتقال ، ولذلك سُمى الطريق سبباً تشبيهاً بالحبل الممتد ومنه قوله تعالى : "فأتبع سببا " [2] .

ومن ثم يطلق السبب على كل ما يتوصل به إلى غيره ويفضى إليه [3]. ومنه قوله تعالى: " وآتيناه من كل شئ سبباً"،

---

(١) الشرط كوصف للتراضى فى القانون المدنى المقارن والشريعة الإسلامية ، الأستاذ الدكتور / محمد شتا أبو سعد ، طبعة عالم الكتب ، طبعة ١٩٨١ م ، ص ٣٠ .

(٢) من سورة الكهف : الآية (٨٥) .

(٣) المستصفى ، لأبو حامد محمد بن محمد الغزالى الطوسى (٥٠٥ هـ) ، طبعة القاهرة ، جـ ١ ، ص ٩٤ .

أى عرفناه بالذرائع التى يمكن التوصل من خلالها إلى النتائج فى كل أمر .

والسبب فى اصطلاح الفقهاء الأصوليين : " هو كل حادث ربط به الشرع أمراً آخر وجوداً وعدماً . وهو خارج عن ماهيته " . أو هو ما يلزم من وجوده الوجود ، ومن عدمه العدم [1] . أى أن وجود السبب يستلزم وجود المسبب ، كما أن عدم السبب يستلزم عدم المسبب .

ومن علامة السبب أن يُضاف إليه غالباً حكمه المسبب عنه ، كقولنا ، التزامات العقد وضمان الإتلاف ، وعقوبة الجريمة ، وصلاة الصبح وصيام رمضان .. الخ ، فالعقد والإتلاف والجريمة، ودخول وقت الصبح، وشهر رمضان هى أسباب لما أُضيف إليها[2].

ومثال ذلك : إتلاف مال الغير سبب لضمانه وتعويضه، والقتل العمد العدوان سبب للقصاص ، والقرابة سبب للإرث .

فالله سبحانه وتعالى جعل الأحكام مرتبة على الأسباب تيسيراً للعباد وتسهيلاً عليهم ليتوصلوا بذلك إلى معرفة الأحكام، فليست الأحكام هى نفس الوصف المحكوم عليه بالسببية ، وإنما هى بمنزلة الأسباب الظاهرة على أنها

---

(١) شرح الكوكب المنير ، جـ ١ ، ص ٤٤٥ .

(٢) المدخل الفقهى العام ، ص ٣٠٢ .

علامات وأمارات لا مؤثرات [١] .

فالله سبحانه وتعالى جعل السرقة سبباً فى وجوب قطع يد السارق والسارقة فى قوله تعالى : " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله " [٢] .

وتنقسم السببية بحكم الاستقراء إلى الوقتية والمعنوية .

فالوقتية : أن تكون سبباً لحكم تكليفى ، كزوال الشمس لوجوب الصلاة، لقوله تعالى : " أقم الصلاة لدلوك الشمس"[٣].

فإن الوقت سبب محض ، وعلامة على وجوب الصلاة، ولذا تضاف الصلاة إليه . والسببية هنا ليست متعلقة بفعل المكلف ، وإنما تعلقت بما ارتبط به وهو الدلوك ، إذ الدلوك سبب لوجوب الصلاة التى هى فعل المكلف . والمعنوية كالإسكار ، فإنه سبب لتحريم المسكر ، فقد استلزم حكمة باعثة جعلت علة لتحريم كل مسكر فى قوله صلى الله عليه وسلم : " كل مسكر حرام " [٤] ، وكالبيع فإنه سبب لإثبات الملك ، وقد

---

(١) الأحكام فى أصول الأحكام ، لأبو الحسن سيف الدين الآمدى (٦٣١ هـ) ، مطبعة دار المعارف ، جـ ١ ، ص ٦٦ ، حاشية البنانى على شرح جمع الجوامع، جـ ١ ، ص ٩٤ ، ٩٥ .

(٢) من سورة المائدة : الآية (٣٨) .

(٣) من سورة الإسراء : الآية (٧٨) .

(٤) أخرجه البخارى ـ كتاب الأحكام باب أمر الوالى إذا وجه أمرين إلى موضع أن يتطاوعا ولا يتعاصيا ٣٦٣/٤ ح ٧١٧٢ عن أبى برة ـ =

جعل سبباً لإباحة الانتفاع [1] .

والفرق بين الشرط والسبب : أن الشرط أمـــر خـــارج عن حقيقة المشروط وليس جزءاً منه ، وإذا وجـــد لا يســتلزم وجوده وجود الحكم، فلا يلزم من وجود الوضوء الـــذى هـــو شرط الصلاة وجوبها ، ولكن لا تصح الصلاة بغير وضوء [2].

أما السبب : فإنه يلزم من وجوده وجود الحكم إلا لمــانع،

-- جزء من حديث ، ط مكتبة الإيمان بــالمنصورة ، ســنة ١٤١٩ هـــ ــ ١٩٩٨ م.

أخرجه مسلم فى صحيحه ــ كتاب الأشربة باب بيان كــل مســكر خمــر وكل خمر حرام ٣/١٥٨٧ ح ٢٠٠٣، عن ابن عمر ــ رضى الله عنهما.

(١) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، لمحمد بن على ابـــن محمد الشوكانى (١٢٥٥ هــ) ، طبعة مصطفى البابى الحلبـــى الأولـــى ، ص ٧ ، غاية الوصول إلى دقائق علم الأصول ، المبـــادئ والمقدمـــات ، لأستاذنا الدكتور / جلال الدين عبد الرحمن ، الطبعة الثانية ، ١٤١٠هـــــ ــ ١٩٩٠ م ، ص ٢٠٥ .

(٢) وكذا لو علق الإنسان كفالته بأمر يلائمها فقال لشخص دائـــن إن ســـافر مدينك فلان اليوم ن أو إذا لم يعد من سفره اليوم ، فأنا كفيل بدينك الـــذى لك عليه ، فإن سفر المدين ، أو عدم عودته من سفره يصبح شرطاً لثبـوت الكفالة على القائل ، فلا يعتبر كفيلاً ملتزماً بأداء الدين ما لم يتحقق ذلـــك الشرط الذى شرطه للكفالة وهذا هو الشرط الجعلى .

وله شبه بالسبب من حيث ارتباط مشروطه به وجوداً وعدمـــاً ، ففـــى صورة تعليق الكفالة مثلاً بسفر المدين ، فإن لم يسافر لا تثبت الكفالـــة وإن سافر ثبت ، ومثل ذلك يلحظ فى كل شرط جعلى .

فإذا كان وقت الصلاة فقد وجبت الصلاة ، وإذا لم يوجد وقت الصلاة لا يجب التكليف بها [١] .

والسبب يشبه الركن من حيث ارتباط مسببه به وجوداً وعدماً. ولكنه يفترق عن الركن من حيث أن سبب الشئ أمر خارجي عنه وليس جزءاً ذاتياً من ماهيته ، كإتلاف مال الغير فإنه ليس جزءاً من مفهوم الضمان والتعويض .

وكذا القرابة ليست جزءاً من حقيقة الإرث ، بل هما أمران منفصلان عن ماهية مسبباتهما . وهكذا كل سبب بالنسبة إلى مسببه وهو حكمه الذى ربط به .

ولما كان الشرط أمر خارجي عن معنى العقد كالبيع فاشتراط أهلية العاقد وقابلية المال المبيع للتمليك فإنهما ليسا أجزاء ذاتية فى عملية العقد ماهيته ، لأن حقيقة العقد إيجاب وقبول ، وإنما المال محل له ، والعاقد فاعل .

وبهذه الصفة الخارجية يتشابه الشرط والسبب . ولكنهما يفترقان من حيث الارتباط بين الشرط ومشروطه إنما هو " العدم " ، أما الارتباط بين السبب ومسببه فهو فى " الوجود وفى العدم " .

ولذلك كان من المقرر أن السبب متى وُجد وكان

(١) أصول الفقه الإسلامى ، الأستاذ الدكتور / أحمد فراج حسين ، والأستاذ الدكتور / عبد الودود محمد السريتى ، طبعة ١٤١٠ هـ – ١٩٩٠ م ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ص ٤٥٦ .

مستوفى الشرائط منتفى الموانع لابد أن ينتج الحكم المسبب عنه، بخلاف الشرط فإن وجوده لا يوجب وجود المشروط [1].

ثالثاً : الشرط والعلة :

العلة : هى السبب الظاهر المناسبة الذى يبنى عليه الشارع الحكم .

فالإسكار علة فى تحريم الخمر ، والعدوان على مال الغير بالإتلاف علة فى تضمين المتلف ، والعدوان على النفس المعصومة علة فى إيجاب القصاص ، واضطراب الفكر عند الغضب علة فى نهى النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن أن يقضى القاضى وهو غضبان .

وقد تسمى العلة بهذا المعنى سبباً أيضاً .

وقد تطلق العلة على معنى الحكمة التشريعية فى الحكم المشروع ، أى على المصالح والمفاسد التى تتعلق بها الأوامر والنواهى الشرعية فتكون بمعنى الغاية . فالقمع والزجر وصيانة الأنفس هى علل العقوبات بهذا المعنى .

رابعا الشرط والمانع :

المانع فى اللغة : اسم فاعل من المنع ، ومعناه : كل ما يمنع سواه ويكون حائلا دونه . أو الحائل بين الشيئين .

أما فى اصطلاح الفقهاء الأصوليين : فالمانع هو : كل

---

(١) الموافقات ، جـ ١ ، ص ٢٦٢ .

ما يستلزم وجوده انتفاء غيره ، أو هو الحكم على الوصف بالمانعية[1]، أو هو الوصف الظاهر المنضبط الذى جعله الشارع حائلا دون وجود الحكم أو حائلاً دون اقتضاء السبب مسببه فيلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته .

ومثال ذلك: العيب القديم فى المبيع، وقتل الوارث مورثه.

فظهور عيب قديم فى المبيع يجهله المشترى هو مانع شرعى من لزوم البيع فى حق المشترى دفعا للضرر عنه ، فلا يصبح عقد البيع ملزما ، بل يثبت له الخيار فى فسخ البيع ورد المبيع المعيب. لأن ظهور هذا العيب مخل بالتراضى الذى هو أساس العقود ، فيكون إلزام المشترى بالمبيع معيبا يلحق به ضررا لا يقتضيه عقده ولم يرض به .

وقتل الوارث لمورثه مانع شرعى يحرم به القاتل من الإرث لقوله صلى الله عليه وسلم : " ليس للقاتل ميراث "[2] . رغم قيام سبب الإرث كاملا وهى القرابة ؛ لأنه لو ورث لكان منتفعا بطريق الجناية المحظورة ، وهذا ينافى الحكمة من ترتيب حكم الإرث. ولكون المانع داخلا تحت حكم الوضع ، فإن الشارع لا يقصد تحصيل المكلف له ولا رفعه ، وإنما

---

(١) رفع الحاجب ، جـ ١ ، ص ١٥٠ .

(٢) التلخيص الحبير ، لابن حجر ، جـ ٢ ، ص ٢٦٣ .

مقصود الشارع : أن المانع إذا حصل ارتفع مقتضى السـبب ، أو وجود الحكم [١] .

ويمكن التفرقة بين الشرط والمانع :

بأن المانع هو كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره. وبذلك يكون المانع عكس الشرط ، لأن الشرط هو ما يلزم من عدمه عدم غيره.

---

(١) روضة الناظر ، ص ٣١ ، إرشاد الفحول ، ص ٧ .

المبحث الثاني

خصائص الشرط المقترن بالعقد

للشرط المقترن بالعقد خصائص هى :

١ــ أنه أمر زائد على أصل التصرف :

وهذا يعنى أن العقد يتم مادام قد استوفى أركانه وشروطه بدون هذا الشرط الذى اقترن به ، طالما أنه أمر زائد .

فلو قال شخص لآخر : بعت منك هذه الدار بألف جنيه إلى أجل كذا بشرط أن تعطينى رهناً [١] ، أو كفيلاً معيناً بالثمن [٢] ، فقبل الآخر . فقد اقترن عقد البيع بالتزام المشترى

---

(١) **الرهن فى اللغة :** هو جعل الشئ محبوساً . ويُقال فى معنى الرهن الذى هو الوثيقة من الرهن أرهنت إرهاناً ، وأرهنت فيها بمعنى أسلفت ، والمرتهن الذى يأخذ الرهن والشئ مرهون ورهين .
(الصحاح ، للجوهرى، جـ ٥ ، ص ٢١٢٩) .
وفى الاصطلاح : هو توثقه دين بعين يمكن استيفاؤه منها أو من بعضها أو من ثمنها .
(الروض المربع شرح زاد المستنقع ، للشيخ منصور البهوتى ، جـ ٢ ، ص ١٥٩) .

(٢) **الكفالة فى اللغة :** جاء فى المعجم الوسيط (كفلا وكفالة : ضمنه . ويُقال: كفل المال وكفل عنه المال لغريمه . تكفل بالشئ : ألزمه نفسه وتحمل به) .

==

بتقديم رهن أو كفيل بالثمن ، والرهن أو الكفيل أمر زائد عن عقد البيع لأنه ينعقد بدون هذا الشرط ، ولا يتوقف وجوده في ذاته على هذا الشرط . فالشرط أمر زائد عن أصل التصرف[1].

٢ـ أنه يرد فى صلب العقد :

الشرط إما أن يذكر فى أثناء العقد مقترناً بالصيغة الدالة على إنشائه ، وفى هذه الحالة يُسمى شرطاً مقارناً . وإما أن يحصل الاتفاق عليه قبل إنشاء العقد وإبرامه ولا يرد له ذكر فى أثناء العقد لا بالإثبات ولا بالنفى ويُسمى شرطاً سابقاً . وإما أن يحصل الاتفاق عليه بعد إنشاء العقد وإبرامه ويُقال له الشرط اللاحق أو المتأخر[2].

وحتى يمكن النظر فى مدى صحة الشرط المقترن بعقد

-- (المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، طبعة ١٣٨١ هـ ـ ١٩٦١ م ، جـ ٢ ، ص ٧٩٨ ، ٧٩٩) .

وفى الاصطلاح : هى ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فى المطالبة مطلقاً بنفس أو بدين أو عين كمغصوب ونحوه ، لأن المطالبة تعم ذلك .

(شرح الدر المختار ، لمحمد علاء الدين المعروف بالحصكفى ، مطبعة الواعظ ، جـ ٢ ، ص ٢٨٩) .

(١) اعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية ، طبعة ١٣٨٩ هـ ، جـ ٣، ص٤٧٦.

(٢) نظرية العقد فى الفقه الإسلامى ، للأستاذ الدكتور / محمود شوكت العدوى، ص ١٤٣ .

النكاح والاعتداد به من عدمه يجب أن يرد ما يشترطه أحد الزوجين على الآخر من شروط فى صلب العقد أو يتفق عليه الزوجان قبل العقد . أما ما يشترطه أحد الزوجين من شروط بعد انعقاد العقد ولزومه فلا يعتد به ولا يلزم الطرف الآخر لفوات محله [١] .

٣ـ أنه أمر مستقبل :

يجب أن يكون الشرط المقترن بالعقد متضمن لالتزام أمر سيوجد فى المستقبل وغير موجود فى الماضى ولا فى الحال . وذلك حتى يتمكن الطرف الملتزم من الوفاء به نحو الطرف الآخر وهو المشترط .

ففى المثال السابق إذا قال شخص لآخر : بعت منك هذه الدار بألف جنيه إلى أجل كذا بشرط أن تعطينى رهناً أو كفيلاً معيناً بالثمن فقبل الآخر . فهنا يكون عقد البيع عقد اقترن بشرط يلزم أحد المتعاقدين بأمر يحدث فى المستقبل وهو تقديم الرهن أو الكفالة بعد تمام العقد .

فإذا كان الأمر المشترط واقعاً بالفعل ، لم يكن فى

---

(١) جاء فى المبدع : أن ابن القيم قال فى الهدى النبوى : المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً وعدمه يملك به الفسخ ، فقوم لا يخرجون نساءهم من ديارهم أو المرأة من بيت لا يتزوج الرجل على نسائهم ضرة ويمنعون الأزواج منه أو يعلم عادة أن المرأة لا تمكن من إدخال الضرة عليها كان ذلك كالمشروط لفظاً .

اشتراطه فائدة أو مصلحة ، بل إن شرطه يكون نوعاً من العبث لأنه تحصيل حاصل [1] .

فلو قال رجل لآخر زوجني ابنتك ، فقال زوجتها من فلان، قبل هذا ، فكذبه الخاطب فقال إن لم أكن زوجتها من فلان ، فقد زوجتها منك ، وقبل الآخر فظهر كذبه فإن العقد ينعقد في الحال، إذ التعليق بشرط كائن تحقيق . وكذلك لو قال لزوجته أنت طالق إن كانت السماء فوقنا والأرض تحتنا ، فإنها تطلق في الحال .

٤ـ أنه أمر محتمل الوقوع :

يلزم أن يكون الشرط المقترن بالعقد مقدوراً على القيام به، أي ممكن الوقوع في المستقبل .

لأن الشرط إذا كان مستحيل الوقوع كان اشتراطه دليلاً على عدم الرغبة في إتمام التصرف . فلا يتم العقد الذى اقترن به هذا الشرط المستحيل وهذا ما تمليه قواعد الشريعة السمحة.

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزه بن شهاب الدين الرملي ، طبعة القاهرة ١٣٠٤ هـ ، جـ ٩ ، ص ٦٥ ، حاشية عميرة مع حاشية القليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين ، ط ١٩٥٦ م ، ص ٣٦٠ .

ويراجع : النظريات العامة في المعاملات في الفقه الإسلامي ـ أبحاث في نظرية العقد ـ لطلبة الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون ـ قسم الفقه المقارن ، بدون تاريخ ، ص ١٢٣ .

قال تعالى: " لا يكلف الله نفساً إلا وسعها " [1] ، وقال سبحانه: " لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها " [2] ، [3] .

فإن كان المعلق عليه مستحيل الوقوع عقلاً أو عادة كان العقد باطلاً ، إذ المستحيل لا يمكن وجوده ، وإلا لم يكن مستحيلاً، وهذا خلاف الفرض والمرتب وجوده على وجود ما لا يمكن وجوده يستحيل أيضاً أن يتحقق وجوده ، وإذن يكون غرض المتكلم بتلك الصيغة هو إيذان المخاطب باستحالة الأمو بضرب من ضروب التوكيد [4] .

٥ـ يمكن أن يجعله أحد الزوجين بيده أو يجعله أحدهما بيد غيره:

فكل شرط يجعله الزوج بيد غيره ليقع عليه به طلاق فإن كان سبب ذلك فعلاً يفعله الزوج فهو جائز لازم للزوج .

مثل أن يشرط لها أنه متى ضربها أو سافر فأمرها بيدها أو بيد أبيها أو غيره .

وإن كان سببه فعل غير الزوج لم ينفذ ولم يلزم الزوج والنكاح جائز .

---

(١) من سورة البقرة : الآية (٢٨٦) .

(٢) من سورة الطلاق : الآية (٧) .

(٣) نظرية الشرط ، ص ٥٣ .

(٤) الالتزامات فى الشرع الإسلامى (٢) ، للمرحوم / أحمد بك إبراهيم ، ص ١٧٣ .

٦ــ أن المشروط يجب أن يكون أمراً مشروعاً :

فالشريعة الإسلامية التى تقضى بالوفاء بالشروط لا تسمح بصحة شرط يخالف ما شرعه الله ، وكيف تصون الشريعة شرطاً لا يصون تعاليمها ولا يحافظ على ما جاءت به من أحكام .

قال عليه الصلاة والسلام : " المؤمنون على شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً " [(١)] . فكل شرط يقضى بتحليل ما حرمه الشارع أو بتحريم ما حلله الشارع لا يصح ويكون باطلاً . والعبرة فى الحِل والحرمة بما يكون كذلك فى أصل الشرع دون النظر إلى العقد .

٧ــ أنه أمر إرادى :

فالشرط المقترن بالعقد أو شرط التعليق يشترطه المتصرف بإرادته وباختياره . على العكس من الشرط الشرعى الذى يقضى به الشارع .

---

(١) أخرجه الترمذى فى سننه ــ كتاب الأحكام باب ما ذكر عن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ فى الصلح بين الناس ٦٢٥/٣ــ٦٢٦ ح ١٣٥٢ عن عمرو بن عوف ، وقال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح .
وأخرجه ابن ماجه فى سننه ــ كتاب الأحكام باب الصلح ٧٨٨/٢ ح ٢٣٥٣ عن عمرو بن عوف بنفس رواية الترمذى .
نيل الأوطار فى شرح منتقى الأخبار ، لمحمد بن على الشوكانى (١٢٥٥هــ)، مطبعة البابى الحلبى، سنة ١٣٧٢ هــ ، جــ ٦، ص٢٨٢.

المبحث الثالث
أقسام الشرط

الشرط فى الفقه الإسلامى يؤثر فى التصرف الإرادى وبالتالى تعالج أحكامه من خلال أحكام العقود ، على أساس أنه وصف للتراضى (الصيغة ، الإيجاب ، القبول) .

ولما كانت الشروط أنواعاً متعددة لزم الأمر الحديث عن أنواع هذه الشروط فى الفقه الإسلامى قبل بيان مدى صحة تعليق العقود عليها أو اقترانها بها .

والشرط عند الفقهاء :

- إما أن يفرضه الشرع ، فيجعل تحققه لازماً لتحقق أمر آخر ربط به عدماً ، بحيث إذا لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الأمر .
- وإما أن ينشئه الإنسان بتصرفه وإرادته ، فيجعل بعض عقوده أو التزاماته معلقة عليه ومرتبطة به ، بحيث أنه إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود والالتزامات .

فالنوع الأول : وهو الشرط الذى مصدره الشرع يُسمى الشرط الشرعى أو (الشرط الحقيقى) ، **والنوع الثانى** : وهو الذى مصدره إرادة الشخص يُسمى الشرط الجعلى (أو اللغوى)؛ لأن الأمر الذى صار شرطاً للالتزام لم تكن له هذه الصفة شرعاً ، وإنما جعله الشخص شرطاً معلقاً عليه فى أمر

كان فيه التنجيز والتعليق .

كما أن الشرط قد يكون عقلى أو عادى . وأشير إلى هذه الأقسام مع بيان الفوارق بينها .

*** باعتبار المصدر :**

ينقسم الشرط عند الأصوليين من حيث مصدره باعتبار الشارط (أى الرابط بين الشرط ومشروطه إن كان سببه الفعل أو العادة أو الشرع أو اللغة) إلى أقسام أربعة هى :

أولاً : الشرط العقلى :

هو الأمر المرتبط بمشروطه عقلياً ولا يلزم من وجوده وجود المشروط ولا يلزم من عدمه العدم ولا يقبل التعويض ولا الإخلاف ولا الإبدال باتفاق الفقهاء (١) .

ومثاله : الحياة مع العلم ، فالحياة كشرط للعلم أمر مفهوم عقلياً ، إذ لا يتصور عقلاً العلم فى الجماد الذى لا حياة فيه . ولكن من جهة أخرى لا يلزم من وجود الحياة وجود العلم ، إذ قد تتصور الحياة بدون علم .

قال تعالى : " والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا " (٢) . فالناس يخرجون من بطون أمهاتهم أحياء

---

(١) الفروق ، للإمام أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافى ، المتوفى سنة ٦٨٤ هـ ، طبعة مطبعة دار إحياء الكتب العربية بمكة المكرمة ، سنة ١٣٤٤ هـ ، جـ ١ ، ص ٦٣ .

(٢) من سورة النحل : الآية (٧٨) .

ولكن بدون علم . وهذا الشرط لا يقبل الإخلاف والإبدال ، فلا يوجد بديل للحياة كشرط لحصول العلم الذى يغنى عن الحياة .

ثانياً : الشرط العادى :

هو ما كان ارتباطه بمشروطه عادياً . وهو أيضاً ما لا يلزم من وجوده الوجود ويلزم من عدمه العدم طبقاً للسنن الكونية .

والشرط العادى – بعكس الشرط العقلى – يقبل الإخلاف والإبدال والتعويض [1] .

فمثلاً السُلَّم شرط عادى لصعود السطح فلا يلزم من وجود السلَّم حصول الطلوع ، ولكن يلزم من عدم وجوده عدم حصول الطلوع إلا إذا وجد بديل له وهذا البديل موجود ومشاهد ، فقد قدر الله تعالى أنه يجوز الصعود بدون سلم عن طريق المصعد الكهربائى مثلاً وعن طريق الطائرة .. وهكذا.

وذهب القرافى إلى أن الشرط العادى لا يقبل الإخلاف والإبدال كالشرط العقلى .

ثالثاً : الشرط الشرعى :

هو الشرط الذى ربطه الله تعالى بمشروطه بموجب كلامه تعالى الذى نسميه بخطاب الوضع ، أى أن مصدر

---

(١) إدرار الشروق على أنوار الفروق ، لسراج الدين الشاطر ، بأسفل كتاب الفروق ، جـ ١ ، ص٦١، ٦٢ .

الشرط هنا هو الشارع [١] . كالشهود بالنسبة إلى النكاح ، فقد أراد الله تعالى أن يحوط عقد النكاح بضمانات تكفل استقراره وتضمن عدم إنكاره نظرا لما لهذا العقد من أهداف كبيرة

---

(١) قسم الإمام الشاطبى (فى الموافقات ، جـ ١ ، ص ١٨٧) الشرط الشرعى إلى شرط قصد المشرع إلى تحصيله، وشرط قصد المشرع عدم تحصيله.

وقسم النوع الأول إلى شرط مأمور بتحصيله شرعا مثل الطهارة فهى شرط مأمور به شرعا لصحة الصلاة . وشرط منهى عنه شرعا مثل نكاح المحلل الذى هو شرط لمراجعة الزوج الأول ، فهو شرط شرعى وضعه الشارع لصحة رجوع المطلقة ثلاثا إلى زوجها الأول . قال تعالى: " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " (سورة البقرة : الآية ٢٣٠) . فلابد من زواج المطلقة ثلاثا زوجا آخر بدون تحصيل أو تعمد من المكلف إلى تحصيله من حيث هو شرط ؛ لأن الشارع نهى صراحة عن تحصيله فتحصيله حرام . قال صلى الله عليه وسلم : " لعن الله المحلل والمحلل له " (سنن الترمذى) .

وشرط خير الشارع فى تحصيله شرعا ، مثل : شرط الحرفة والكسب لمكاتبة الرقيق . قال تعالى : " والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " (سورة النور : الآية ٣٣) .

وأما الشرط الذى لا قصد للمشرع فى تحصيله أو عدم تحصيله من حيث هو شرط ، مثل : الحرز فى جريمة السرقة ، فوجوب شرط كون المسروق محرزا لقطع يد السارق شرط غير مطلوب ولا منهيا عنه ولا مخيرا فيه من حيث هو شرط . وكذلك القدرة على تسليم المبيع ، فهو من خطاب الوضع وفى نفس الوقت يخدم حكما وضعيا وهو اعتبار العقد سببا للملكية .

تتمثل فى الحفاظ على الأنساب وكرامة الأسرة فجعل الشارع الحكيم الشهادة شرطا لصحة عقد النكاح لمصلحة الجماعة . قال صلى الله عليه وسلم : " لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل ".

فارتباط الشرط وهو وجود الشهود بمشروطه وهو عقد النكاح ارتباط شرعى ؛ لأنه داخل فيما شرعه الله تعالى بكلامه أو بكلام رسوله ـ صلى الله عليه وسلم . ويجرى هذا فى كل ما أوجبه الشارع من شروط لصحة صلاة ، أو إقامة حد ، أو صحة تصرفات كبيع أو هبة أو وصية أو نكاح [1] .

---

(١) والشرط الشرعى قد يكون مكمل لسبب الحكم ، وقد يكون مكمل (للمسبب) أى الحكم المترتب على السبب .

فالأول : وهو الشرط الشرعى الذى يشتمل على حكمة مكملة للسبب ، أو هو الشرط الذى تثبت حكمته مقوية لمعنى السببية ، مثل شرط مرور الحول فإن حكمته تحقيق نماء المال ، فهو شرط مكمل لملكية النصاب الذى هو سبب لوجوب الزكاة التى حكمتها مواساة المحتاجين . فهذا الشرط يخدم حكما تكليفيا وهو أداء الزكاة الذى يعتبر فرضا . فعدم مرور الحول يستلزم عدم وجوب الزكاة ؛ لأن الملك المستمر طوال الحول هو الذى يعتبر ملكا تاما . أما من ملك شيئا لمدة أيام أو شهور ، ثم زال عنه، فإن ذلك ملك ناقص فلا يعتبر صاحبه غنيا حتى يأمره الشارع بمواساة غيره من ذوى الحاجات.

وكذلك كان الإحراز شرطا لجعل السرقة موجبة للحد ؛ لأن السرقة لا تتحقق كاملة إلا إذا كان المال مصونا محرزا محفوظا فى حرز مثله .

(أصول الفقه الإسلامى ، الأستاذ الدكتور / عبد المجيد مطلوب ، الناشر / دار النهضة العربية ، ١٤١١ هـ ـ ١٩٩١ م ، ص ٤٩٠) .

والشرط الشرعى : أمر خارج عن ماهية الشئ لا يلزم من وجوده وجود الشئ ويلزم من عدمه عدم الشئ .

فالطهارة شرط شرعى لصحة الصلاة ، ولكن لا يلزم من حصول الطهارة حصول الصلاة ، ويلزم من عدم الطهارة عدم حصول الصلاة شرعا .

والشرط الشرعى قد لا يقع إلا دفعة واحدة مثل النية[1]،

وأما الثانى : وهو الشرط الشرعى المكمل للمسبب ، فهو الشرط الذى يقوى حقيقة المسبب ، أى يقوى ركنه ويجعل أثره مترتبا عليه .

ومثاله : الوضوء ، فهو شرط مكمل للصلاة التى تجب بدلوك الشمس ومسببة عنه باعتبار أن الغرض منها تعظيم الخالق الذى يناسبه أن يقف المصلى بين يديه سبحانه وتعالى طاهر البدن والثوب ، ويلزم من عدم الطهارة عدم صحة الصلاة .

(١) النية بكسر النون مشددة وفتح الياء وتشديدها فى المشهور وورود فيها التخفيف ، ومن معانيها فى اللغة القصد وعزم القلب .

وتطلق على ما يقصده المرء من موضع ونحوه . (القاموس المحيط ، باب الهاء فصل النون) .

والنية شرعا تطلق على الباعث على العمل من طاعة الله تعالى وابتغاء مرضاته وثوابه والخوف من سخطه وعقابه . (الأربعين النووية بشرح النووى ، الحديث الأول / ٩) .

وتطلق النية أيضا على الإرادة المتوجهة نحو العمل ابتغاء رضا الله تعالى وامتثال حكمه .

وتطلق كذلك على قصد القلب واعتقاده فعل الشئ من غير تردد .

والنية فى اصطلاح الفقهاء غالبا : هى إطلاق النية ، بمعنى قصد =

فهى ركن شرعى وليست مجرد شرط ، وكذلك الشهادة فى عقد الزواج فلابد من اجتماع أجزاء الشرط ووجودها فى زمن واحد حتى يتم الشرط ، فلا يجوز أن يشهد شاهد واحد على العقد مثلا ثم يشهد شاهد آخر بعد فترة . فشرط الشهادة لصحة عقد الزواج لا يقع إلا دفعة واحدة باجتماع الشاهدين وإسماعهما معا الصيغة .

وقد لا يقع إلا متدرجا مثل شرط الحول فى الزكاة [1] . فشرط الحول لا يقع إلا بانتهاء الحول ، فهو بطبيعته متدرج .

وقد يقبل الشرط الشرعى الأمرين معا : التدرج وعدم التدرج . مثل : شرط الحرفة فى المكاتب من الرقيق [2] .

== الشئ مقترنا بفعله ، والمراد من قصد الشئ توجه القلب إليه والجزم به وعدم التردد فيه.

(فتح البارى ، جـ ١ ، ص ٩ ، الأشباه والنظائر، للإمام جلال الدين السيوطى ، دار إحياء الكتب العربية ، ص٣٥) .

(١) ومثال ذلك أيضا : الوضوء كشرط لصحة الصلاة ، فلا يتم الشرط إلا بغسل الرجلين ، وأما مجرد غسل اليدين فإنه لا يقع به الشرط ؛ لأنه شرط متدرج بطبيعته فلا يعتبر إلا بانتهاء آخر جزء منه .

(٢) فهذا الشرط عام يشمل إتقان الحرفة وقدرة المكاتب على العيش بأى طريق شريف مستقلا عن سيده . قال تعالى : " والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " (سورة النور : الآية ٣٣) .

وروى أبو داود فى المراسيل عن يحيى بن كثير قال : قال صلى الله عليه وسلم : " إن عرفتم فيهم حرفة ولا ترسلوهم كلا على الناس " . ==

وتبدو أهمية هذا التقسيم فى بيان إمكان حصول الشرط فى حالة وقوعه دفعة واحدة أو متدرجا . وأما الشرط الذى يقبل الأمرين معا فإنه يختلف بحسب اختلاف الظروف .

رابعا : الشرط اللغوى (الشرط الجعلى) :

هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم .

وسمى هذا الشرط (باللغوى) نظرا لما احتوى عليه من الشرط والجزاء . وسمى أيضا (بالجعلى) ، لأن المكلف هو الذى جعله شرطا وعلق قيام العقد عليه ، فهو الشرط الذى أباح الشارع فيه للعاقدين أن يشترطوه فى العقود لتترتب أحكامها عليه . ويسمى العقد المعلق على شرط (عقدا معلقا) .

ومثال هذا الشرط [1] : قول الزوج : إن دخلت الدار

-- فشرط المكاتبة أن يكون العبد صاحب حرفة ، أى عنده مقدرة على الكسب وإتقان الحرفة أو معرفتها شرط لا يتم إلا بانتهاء فترة التعليم ، فهو لا يقع بمجرد ابتداء تعلم الحرفة .

ولكنه قد يقع دفعة واحدة كما إذا وهب شخص للمكاتب مرة واحدة ثروة تغنيه بقية عمره ، فإن الشرط يقع دفعة واحدة ، وبذلك تجب المكاتبة على السيد عند من يرى لزومها إذا تحقق شرطها . (الاشتراط لمصلحة الغير ، الدكتور / عباس حسنى أحمد ، ص ٣٩) .

(١) هذا الشرط قد لا يقع إلا دفعة واحدة . مثل قول الرجل لزوجته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فإن دخول الدار لا يقبل التجزئة ، فلابد من أن يدخل الدار دفعة واحدة . وهذا النوع من الشروط يتحقق دائما دفعة واحدة؛ لأن مجرد وضع إحدى قدميه داخل الدار والأخرى خارجها لا =

فأنت طالق ، فيلزم من دخول الدار الطلاق ومن عدم الدخول عدم الطلاق. فهو شرط يثبت لتحقيق الأحكام التى نيطت بالعقود ، فهو شرط فى حكم وضعى [1] ، كاشتراط تقدم

-- يتحقق به الشرط إلا بوضع الأخرى داخل الدار .

وقد يقع متدرجا ، مثل قراءة السورة . فإذا اشترط شخص على آخر أن يكافئه إذا قرأ سورة كبيرة أو صغيرة ، فإن الشرط لا يتم إلا بانتهاء أخر آية فى السورة . فإن السورة لا تقرأ إلا بانتهاء أخر آية فيها .

وقد يقبل الأمرين معا . كما لو اشترط شخص على آخر إعطائه مائة جنيه . فمن الممكن أن يقع هذا الشرط دفعة واحدة بأن يدفع المشترط عليه المائة جنيه كلها دفعة واحدة ، ومن الممكن أن يقع متدرجا بأن يدفع له كل يوم عدد من الجنيهات .

وتظهر أهمية هذا التقسيم ، فى بيان وقت تحقق الشرط وما يترتب على ذلك من لزوم المشروط ، فإذا كان الشرط من الشروط التى تقع دفعة واحدة فإن المشروط يلزم بمجرد ظهور الشرط ، لأنه لا يظهر إلا بجميع أجزائه. أما إذا كان الشرط من الشروط التى لا تقع إلا متدرجة، فإنه لا يلزم المشروط بمجرد ظهور أول أجزاء الشرط ولا حتى بتوالى ظهور بعض أجزائه ، وإنما يلزم عندما يظهر أخر جزء من أجزائه .

وأما الشرط الذى يقبل الأمرين معا ، فإنه يتوقف على عبارة العقد معرفة ما إذا كان الشرط قد وقع متدرجا أم وقع دفعة واحدة .

يراجع : مرآة الأصول ، جـ ٢ ، ص ٤٢١ ، الاشتراط لمصلحة الغير فى الفقه الإسلامى ، الدكتور / عباس حسنى محمد ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٤ هـ ــ ١٩٨٤ م ، ص ٣٩ .

(١) الحكم الوضعى هو أحد قسمى الحكم الشرعى .

والحكم الشرعى هو : (خطاب الله تعالى ، المتعلق بأفعال العباد ، ==

معجل المهر [1] فى الزواج ، واشتراط تقديم رهن بالثمن

== بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع) . وهذا الحكم ينقسم إلى قسمين :

أحدهما : الحكم التكليفى ، وهو (خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير) .

والثانى : الحكم الوضعى وهو : (خطاب الشارع بجعل الشئ سببا ، أو شرطا ، أو مانعا ، أو صحيحا ، أو فاسدا) .

وهذه أحكام شرعية يختلف مفهومها عن الأحكام التكليفية . فالخطاب نوعان : تكليفى ووضعى ، وذكر أحدهما لا يغنى عن ذكر النوع الآخر ، والتلازم بينهما فى بعض الصور لا يدل على أنهما نوع واحد .

فجعل الشارع " الدلوك " سببا موجبا للصلاة ، مقدم على الإيجاب ، لأن الموجب مقدم ، فهو سبب ، والسبب غير المسبب ، فالدلوك متقدم على الإيجاب ، لأن الإيجاب يكون عند تحقيق الدلوك ، وليس عند وضعه سببا ، كما أنها يوجد من خطاب الوضع ما ليس فيه اقتضاء ، كجعل الملك سببا لإباحة الانتفاع ، فالحكم الوضعى هو تعلق الشئ بشئ آخر ، ولهذا كان خطاب الوضع نوعا مختلفا عن خطاب التكليف .

يراجع : العضد على مختصر المنتهى ، لابن الحاجب وحواشيه ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، جـ ١ ، ص ٢٢٢ ، التلويح على التوضيح لمتن التنقيح لصدر الشريعة، مطبعة محمد على صبيح، مصر ، جـ ١ ، ص ٤ ، المستصفى ، للإمام الغزالى ، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر ، جـ ١، ص ٥٥ ، الحكم الشرعى التكليفى ، الأستاذ الدكتور / صلاح زيدان ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٧ هـ ــ ١٩٨٧ م ، ص ١٧ وما بعدها .

(١) الأصل أن الزوج يعجل المهر كاملا لزوجته وقت إبرام عقد الزواج باعتباره أحد آثار هذا العقد ، ولكن ورد على هذا الأصل استثناء ، ==

المعجل فى عقد البيع ، وشرط منع الزوجة من العمل فى عقد الزواج .

فالشرط اللغوى : هو الشرط الذى يشترطه أحد المتعاقدين على الآخر ، أى الشرط الذى يرد على ألسنة المتعاقدين ليحقق مقصداً لهما أو لأحدهما .

ومن هنا يتضح أن الشرط اللغوى هو الشرط لغة وهو الذى ورد معناه فى كتب اللغة بأنه إلزام الشئ والتزامه فى بيع أو نحوه ؛ لأن أى التزام يرد على لسان المتعاقد فى العقد يعتبر شرطاً لغوياً .

*** تقسيم الشرطين الشرعى واللغوى من حيث مكان كل منهما بالنسبة لمشروطه :**

الشرط الذى يريد أحد المتعاقدين اشتراطه على الطرف الآخر ، إما أن يحصل الاتفاق عليه قبل إنشاء العقد وإبرامه ،

== وهو أنه يجوز تأجيل الوفاء بكل أو بعض المهر بعد إبرام عقد الزواج إلى ما قبل الدخول أو بعده حسبما يتفق الزوجان على الوفاء به ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على تأجيل أو تعجيل كل أو بعض المهر ، فإنه يرجع إلى العرف الجارى بين الناس فى البلد ؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، كما هو العرف السارى فى مصر على تعجيل نصف المهر وتأجيل النصف الآخر لأقرب الأجلين ، الوفاة أو الطلاق .

(المحيط فى شرح مسائل الأحوال الشخصية ، المجلد الثانى ، أحكام عقد الزواج ، المستشار / حسن حسن منصور ، الطبعة الثانية ٢٠٠١ ، ص ٢٢٩) .

ويسمى بالشرط المتقدم [1] .

---

(١) قد يتفق المتعاقدان على شرط معين قبل الإقدام على إبرام العقد بفترة زمنية، وعند إبرام العقد الحالى لا يخلو إما أن يتفقا على بناء العقد على الشرط السابق الاتفاق عليه، وهنا يكون حكمه حكم الشرط المقارن مطلقاً، وإما أن يتفقا علي العدول عن هذا الشرط ، وبالتالى لا يكون للاتفاق السابق عليه أى تأثير فى العقد ، وإما أن يبرما العقد دون التعرض للشرط السابق لا بالنفى ولا بالإثبات .

(نظرية العقد فى الفقه الإسلامى ، الأستاذ الدكتور / محمود شوكت العدوى ، ص ١٤٣) .

وهنا اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن هذا الشرط يبقى التزاماً مستقلاً بنفسه لا تأثير له فى العقد إن شاء وفّى به الملتزم وإن شاء لم يف . والأولى الوفاء به لأنه من مكارم الأخلاق كالوعد المطلق. وأصحاب هذا القول هم الشافعية والإمام أحمد ورواية عند أبى حنيفة .

القول الثانى: أن هذا الشرط يثبت فى العقد ويؤثر فيه كالشرط المقارن له من غير فرق بينهما. وأصحاب هذا القول هم المالكية والحنابلة. (فتاوى الشيخ عليش ، جـ ١ ، ص ١٢٤ ، كشاف القناع ، جـ ٢ ، ص ٣٦) .

القول الثالث : إن اتفقا على أنه لم يحضرهما شئ وقت العقد واختلفا فى ذلك ، فقال أحدهما قصدت بناء العقد على ما تقدم بيننا من الشرط ، وقال الآخر أعرضت عنه أو لم أقصد البناء ولا الإعراض عنه . فإن كان الشرط المتقدم صحيحاً ثبت فى العقد ووجب الوفاء به كالشرط المقارن ، وإن كان شرطاً فاسداً فلا يثبت فى العقد . ذهب إلى هذا الحنفية على تفصيل بين الإمام وصاحبيه .

وإما أن يحصل الاتفاق عليه بعد إنشاء العقد وإبرامه ، ويُقال له **الشرط اللاحق أو المتأخر** (١) .

وإما أن يتم إبرام العقد بين المتعاقدين بناء على صيغة

== (بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٦ هـ ـ ١٩٨٦ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، جـ ٥ ، ص ١٧٦) .

(١) بمجرد إبرام العقد والانتهاء منه تترتب عليه آثاره ، فإذا اشترط أحد المتعاقدين شرطاً على الآخر بعد ذلك ، فما هو مدى تأثيره على العقد السابق إبرامه . فقد اختلف الفقهاء حول حكم هذا الشرط على :

القول الأول : الحال لا يخلو إما أن يكون العقد السابق إبرامه قد أصبح لازماً قبل الاشتراط ، أو أنه كان غير لازم وقت الاشتراط .

فإذا كان العقد وقت الاشتراط اللاحق قد أصبح لازماً فلا يلتحق الشرط اللاحق بالعقد السابق ولا يؤثر فيه بحال .

وإن كان العقد وقت الاشتراط اللاحق غير لازم فإنه يلتحق به ويجب الوفاء به إن كان صحيحاً ولا يجب الوفاء به إن كان فاسداً أو باطلاً . وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة.

القول الثانى : هذا الشرط يلتحق بالعقد مطلقاً ، صحيحاً كان أم فاسداً، وسواء شرط بعد لزوم العقد أو قبل لزومه . ذهب إلى ذلك المالكية والظاهرية .

القول الثالث : ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن هذا الشرط يلتحق بالعقد ويؤثر فيه كالشرط المقترن به مطلقاً .

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن الشرط إما أن يكون صحيحاً أو فاسداً، فإن كان صحيحاً التحق بالعقد وأثّر فيه ، وإن كان فاسداً لم يلتحق به ولم يؤثر فيه (المراجع السابقة) .

مربوطة بأمر يقصدان أو يقصد أحدهما به :

١ــ تعليق وجود العقد ، أى ربط وجوده بوجود شــئ آخــر ، بحيث لا يوجد العقد ما لم يوجد ذلك الشئ [١] .

٢ــ أو تقييد حكمه وآثاره [٢] ، أى التزام أمر لم يوجد فى أمــو

---

(١) فلو قال البائع مثلاً : بعتك حصتى من هذه الدار بكذا إن رضى شــريكى، فقبل المشترى، يكون المتبايعان غير معتزمين تنجيز البيع ، وإنمــا علقــا وجوده وربطاه برضى الشريك الذى يمكن أن يرضــى وأن لا يرضــى ، فكان البيع تحت احتمال الوجود والعدم ، وقد يترتب على وجــود الشــرط نهاية أمر موجود فعلاً مثل قول الزوج إن دخلت الدار فأنت طالق ، فــإن دخول الدار يترتب عليه إنهاء عقد الــزواج بــالطلاق . (التلويــح علــى التوضيح ، لمسعود بن عمر بن عبد الله التفتازانى (٧٩٠هـــ) ، حاشــية على التوضيح ، لصدر الشريعة ، طبعة محمد على صبح ، جــ ١ ، ص ١٤٥ ، ١٤٦) .

(٢) مثاله قول البائع بعتك هذه السيارة بكذا على شرط أن أســتعملها شــهراً قبل التسليم أو بشرط أن أقوم بتصليحها كلما طرأ عليها خلل إلى ســنتين ، فقبل المشترى ، يكون الطرفان قد اعتمدا تنجيز البيع ، وإنما أرادا تعديــل آثاره بقيد قيداه به يحفظ للبائع حقاً فى منافع الســيارة مــدة شــهر بعــد خروجها من ملكه ، أو يلزمه بإصلاح ما يطرأ عليها من خلل . فقد كــان مقتضى البيع لولا الشرط هو أن تنتقل ملكية السيارة ويســتحق تسليمها فوراً ، ثم لا يكون للبائع حق فى شئ منها أو فى منافعها ، كما لا يكــون مسئولاً عما يطرأ عليها من خلل حادث فى يد المشترى . (غمــز عيــون البصائر ، جــ ٢ ، ص ٢٢٥ ، طبعة العامرة ، بدائع الصنائع ، جــ ٥، ص ١٧٣، الشرح الكبير ، جــ ٣، ص ١٠٨ ، مغنى المحتاج ، جــ ٣، ص ٢٤ ، كشاف القناع ، جــ ٣ ، ص ٨٨٨) .

قد وجد بصيغة مخصوصة .

٣ـ أو تأخير مفعوله إلى زمن معين [١] .

وبهذا يتضح أن الشروط التى يلقى بها العاقد على عقده قيداً من القيود يعدل به عن طريق التنجيز والإطلاق هى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : الشرط المعلق عليه وجود أو انتهاء المشروط:

يترتب على إدخال المتصرف شرطاً على تصرفه ، صيرورته معلقاً ، فحيث لا شرط فلا تعليق .

فالشرط أمر يعتبره المكلف ويعلق عليه تصرفاً من تصرفاته .

فالتعليق فى عبارة دقيقة هو (ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى) [٢] .

---

(١) مثال ذلك : لو قال المؤجر : آجرتك دارى هذه سنة بكذا اعتباراً من أول الشهر القادم فقبل المستأجر ، يكونان قد أخّرا حكم الإجارة وأضافاه إلى زمن مستقبل ، ولولا هذا القيد المشروط لبدأ حكمها وثبتت حقوق المستأجر من فور العقد . (المدخل الفقهى العام ، الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ، الأستاذ الدكتور / مصطفى أحمد الزرقا ، المجلد الأول ، طبعة دار الفكر ، ص ٥٠١ـ٥٠٢).

(٢) فعندما يقول إنسان لآخر مثلاً : إن سافر مدينك فأنا كفيل بمالك عليه ، يكون القائل قد ربط انعقاد الكفالة بتحقق سفر المدين فهذا تعليق للكفالة . أى أن المتكلم رتب الكفالة ، وهى مضمون الجملة الثانية ، على سفر المدين، وهو مضمون الجملة الأولى ، وكلاهما ، أى السفر والكفالة ، ==

أو بعبارة أخرى يقصد بالتعليق على الشرط ترتيب أمر لم يوجد بأداة من أدوات الشرط ، أو ما يقوم مقامها على أمر موجود .

ويصاغ التعليق عادة بإحدى الأدوات الشرطية التى تربط بين فعلين ، نحو " إن وإذا ومتى وكلما " ؛ لأن الأمر المعلق عليه هو أفعال أو أحداث وقوعية ، وهذه الأدوات الشرطية هى التى تدخل على الجملة الفعلية فتجعل وقوع الحدث الذى تتضمنه شرطاً لوقوع الأمر المعلق المشروط .

فالتعليق إما أن يكون بكلمة الشرط ، كإن وإذا وإذا ما،

== لم يتحققا فى الوجود وإنما التزم المتكلم الكفالة عند تحقق السفر المحتمل الوقوع .

فلابد فى التعليق من جملتين يربط بينهما بأداة شرطية . فالجملة التى تدخل عليها الأداة الشرطية تسمى : الشرط ، أو جملة الشرط ، وتدل على الأمر المعلق عليه ، والجملة الأخرى تسمى الجزاء ، وتدل على الأمر الإنشائى المعلق من عقد ونحوه .

ولا عبرة بتقدم إحدى الجملتين أو تأخرها ، نحو : (إن وصلت بضاعتى الفلانية اليوم فقد وكلتك ببيعها) ، أو (وكلتك ببيع بضاعتى الفلانية إن وصلت اليوم) .

(حاشية ابن عابدين ، الطبعة الثالثة ، جـ ٤ ، ص ٢٣١ ، الأشباه والنظائر بحاشية الحموى ، لابن نجيم ، جـ ٢ ، ص ٢٢٤ ، المدخل الفقهى العام ، جـ ١ ، ص ٥٠٤ ، المنثور ، للزركشى ، جـ ١ ، ص ٣٧١ ، طبعة وزارة الأوقاف بالكويت) .

وكل وكلما ومتى ما أو بدلالة كلمة الشرط .

ومثال التعليق بكلمة الشرط [إن] : أن يقول إن سافرت إلى الخارج فقد وكلتك فى بيع دارى ، فإذا حدث هذا الأمر الذى اعتبره ، وهو سفره إلى الخارج ، تمت الوكالة للشخص فى بيع هذه الدار .

والسفر إلى الخارج فى ذاته أمر خارج عن الوكالة ، ليس له تأثير بذاته فى وجود هذا العقد أو عدمه ، وإنما هو محض واقعة اعتبرها المتصرف وعلق عليها تصرفه بإرادته واختياره ، فإن تحققت هذه الواقعة وجد العقد المعلق عليها وإلا لم يوجد ، إذ أن الوكالة يمكن أن توجد بدون هذا الشرط.

ومثال التعليق بدلالة كلمة الشرط : وذلك بأن يدل الكلام على التعليق دلالة كلمة الشرط عليه : كقوله المكافأة التى أنالها هذا العام صدقة على الفقراء . فقد علق الحكم هنا (وهو الصدقة) على نيل المكافأة هذا العام . وترتب الحكم على الوصف تعليق له بهذا الوصف كالشرط ، كأنه قال إن نلت مكافأة فى هذا العام فهى صدقة على الفقراء .

فالعقد المعلق هو ما رتب وجوده أو انتهائه على أمر آخر ، فإن كان ذلك الأمر الآخر محقق الوجود فى الحال ، كان تعليق العقد صورياً فقط وهو فى الحقيقة تنجيز .

مثال ذلك : أن تقول لابنك مثلاً : إن نجحت فى امتحان هذا العام فقد وهبت لك كذا وكذا ، وقد كنت قلت ذلك بعد تمام

الامتحان وقبل ظهور النتيجة ، ثم ظهر أنه كان ناجحا ، فالهبة منجزة وإن كان العقد فى الصورة معلقا .

أما إذا كان المعلق عليه على حظر الوجود ، أى يجوز أن يوجد فى المستقبل ويجوز ألا يوجد ، فهذا هو التعليق المراد وفيه لا يوجد العقد ولا يترتب عليه حكمه إلا بعد وجود المعلق عليه [1] .

فلو قال لزوجته ، أنت طالق إن كلمت فلانا ، لا تطلق إلا بعد أن تكلم فلانا المذكور .

فكلام الزوجة مع فلان هنا شرط معلق عليه وجود مشروط وهو الطلاق ومعلق عليه انتهاء مشروط آخر وهو عقد الزواج ، وذلك لأن الطلاق يؤدى إلى إنهاء عقد الزواج .

فوجود الأمر المشروط أو انتهائه يتوقف على وجود الشرط المعلق عليه ، أى أن الشرط لابد أن يكون سابقا على المشروط وليس مقارنا له .

ومن ثم فإن هذا النوع ينقسم إلى قسمين :

القسم الأول : الشرط المعلق عليه وجود المشروط :

العقد المعلق قد يكون مؤقت وقد يكون غير مؤقت :

فالمؤقت مثل : إن سافرت إلى الإسكندرية فى صيف

---

(١) الالتزامات فى الشرع الإسلامى (٢) ، للمرحوم / أحمد إبراهيم بك ، توزيع دار الأنصار ، ص ١٧٢ .

هذا العام فقد أعرتك دارى لتسكنها مدة ثلاثة أشهر .

والغير مؤقت (أى المطلـــق) مثـــل : إن نجحـــت فـــى الامتحان وهبت لك دارى الفلانية [1] . مثال ذلـــك : أن يقـــول شخص لآخر، إن سافر مدينك فأنا كفيل بما لك عليـــه ، فـــهنا ربط القائل انعقاد الكفالة بتحقق سفر المديـــن ، فـــهذا تعليـــق للكفالة .

كالوضوء بالنسبة إلى الصلاة . فالوضوء أمـــر خـــارج عن الصلاة أوجبه الله على العبد قبل الدخول فى الصلاة ليـــهيئ نفسه للقاء ربه والمثول بين يديه . ولا يقتضى وجود الوضـــوء وجود الصلاة ، فقد يوجد الوضوء ولا توجد الصـــلاة ولكنـــها متوقفة عليه ، فإذا لم يوجد الوضوء لـــم توجـــد الصـــلاة [2] . وكتعليق العقود على شرط كأن يكفل شخص آخـــر إذا عجـــز ذلك الشخص عن الأداء ، فإن شرط العجز عـــن الأداء شـــرط لتحقيق الكفالة .

وبالنسبة للشرط الشرعى : فإن التعليـــق بالنســـبة لـــه متصور عقلاً وموجود فعلاً ، عندما يستعمل الشارع أداة مـــن أدوات الشرط .

ويلاحظ أن جميع أمثلة التعاليق فى الفقه الإسلامى تكـــاد

---

(١) حاشية ابن عابدين ، الطبعة الثالثة ، جـ ٤ ، ص ٢٣١ .

(٢) نظرية الشرط فى الفقه الإسلامى ، ص ٤٨ .

تكون قاصرة على الشرط اللغوى الذى هو سبب فى الحقيقة .

وتنقسم الشروط باعتبار نوع العقد الذى جعل فيه التعليق إلى ثلاثة أقسام :

١ــ عقود تقبل التعليق بأى شرط جعلى وهى العقود غير اللازمة ، بشرط أن تخلو من الضرر عند التعليق وذلك كعقد الوصية [١] ، والوكالة ، وعقود الاسقاطات [٢] ، كالطلاق [٣] ، والتنازل عن الشفعة بعد ثبوتها ، والنذر ، والإعتاق .

٢ــ عقود تقبل التعليق بالشرط الملائم دون غير الملائم . والشرط الملائم هو الذى يكون بينه وبين الأمر المعلق عليه مناسبة تستدعي ترتيبه عليه . أى الملائم لمقتضى العقد شرعاً أو عرفاً. وهذه العقود هى عقود الاطلاقات[٤].

---

(١) الوصية ، والوقف : يقبلان التعليق على الموت .

(٢) الإسقاطات المحضة تقبل التعليق بالشرط مطلقاً ملائماً كان أو غير ملائم.

(٣) كأن يقول الزوج لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق ، فالطلاق هنا معلق على دخول الدار .

(٤) مثل الوكالة : فإن فيها إطلاق سلطة تصرفية للوكيل ، وهذا جائز عند الحنابلة فى رأى ، وغير جائز فى رأى آخر ، وكذلك غير جائز عند الشافعية . وكالإذن بالتجارة للصغير المميز من قبل وليه ، فإن فيه إطلاق سلطة تصرفية للصغير ويسمى هذا الصغير عندئذ مأذوناً، ويجوز لوليه الأذن حجره بعد الإذن .

والولايات [١] ، والتقييدات [٢] ، والالتزامات [٣] .

ويشترط لصحة التعليق فى هذه العقود ألا يترتب عليها تغرير [٤] .

٣ـ عقود لا تقبل التعليق وهى العقود التى وضعها الشارع بكيفية تتمثل فى تنفيذ آثارها فور انعقادها مادامت مستكملة لأركانها وشروطها فيجب أن تكون منجزة . فإن شرط فى هذه العقود شرط جعلى ينتفى مع ما قصده الشارع منها بطل العقد به [٥] . وهذا الشرط هو أمر يعتبره المكلف

---

(١) كتعيين الحكام والعمال وسائر الموظفين من فروع السلطة الإدارية .

(٢) كعزل الوكيل والموظف ، وحجر المأذون .

(٣) كالكفالة : كمن يقول إذا قبل فلان فقد أحلتك عليه ، أو إن لم يدفع فلان ما عليه من دين فأنا كفيل به ، فإنها تقبل التعليق على شرط عند الحنفية والمالكية والحنابلة والوجه الأصح عند الشافعية . (تبيين الحقائق ، جـ٥، ص ١٤٨ ، مواهب الجليل ، جـ ٥ ، ص ١٠١ ، مغنى المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٣٠٦ ، ط الحلبى) .

(٤) التغرير فى اللغة : إيقاع شخص فى الغرر بالفتح ، أى فى الخطر . (لسان العرب) .

وفى اصطلاح الفقهاء : الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة ، لترغيب أحد المتعاقدين فى العقد وحمله عليه . (المدخل الفقهى العام ، جـ ١ ، ص ٣٧٩) .

(٥) وهذه العقود هى عقود التمليكات والتقييدات .

جاء فى : جامع الفصوليين ، لابن قاض سماوه ، المتوفى سنة ٨٢٣ هـ ، الطبعة الأولى ، المطبعة الأزهرية ، سنة ١٣٠٠ هـ ، ومعه ==

-- حاشية اللالى الدرية وهامشها جامع الصغار، ويليه آداب الأوصياء ، جـ ٢ ، ص ٢ .

تعليق التمليكات والتقييدات بالشرط لا يجوز . ومثال عقد التمليكات البيع ؛ لأن البيع تمليك للحال ، وهذا يتنافى مع إناطته بالحظر ، الذى تكتنفه المقامرة . وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم صحة تعليق عقد البيع لهذا السبب، واستثنى الحنفية من حظر تعليق عقد البيع على شرط ، حالة تعليقه على شرط رضا الغير الموقوت بمدة معينة . وكذلك الإجارة وهى مبادلة مال بمنفعة ، والمزارعة ، والمساقاة .

ومن عقود التقييدات الوكالة ، مثل قول الموكل لوكيله عزلتك إن أتى زيد ، فهذا غير جائز عند الشافعية، وعند الحنابلة رأيان فى فسخ الوكالة، وكذلك الهبة ، وهى من عقود التبرعات .

والنكاح والمقابل فيه ليس مالا ولا منفعة . وذلك لأن الأثر المترتب على كل منهما لا يتراخى عن الصيغة، فإذا عقد المكلف بيعا أو زواجا وعلق واحدا منهما على شرط فى المستقبل ، فإن مقتضى هذا الاشتراط ألا يوجد أثر للعقد إلا إذا وجد الشرط ، وهذا ينافى مقتضى العقد ، وهو أن حكمه لا يتراخى عنه ، ولهذا بطل البيع المعلق على شرط ، وكذا الزواج ؛ لأن الشرط ينافى مقتضى العقد فيبطله .

(يراجع : الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ؛ ص ٣٦٨ ، الأشباه والنظائر ، للسيوطى ، طبعة عيسى البابى الحلبى ، مغنى المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٣٠٦ ، ص ٤٠٥ ؛ طبعة الحلبى ، مواهب الجليل ، جـ ٥ ، ص ١٠١، الفروق ، للقرافى ، جـ ١، ص ٢٢٩، حاشية ابن عابدين ، جـ ٤، ص ٢٤٤ ، والقواعد فى الفقه الإسلامى ، لأبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى ، طبعة سنة ١٣٥٢ هـ ، ص ١٢٥ ، ٢٨٩ ، كشاف القناع على متن الإقناع ، لمنصور بن يونس البهوتى ، مطبعة أنصار السنة المحمدية، سنة ١٣٦٦ هـ ، ص ٤٦٧) .

ويعلق عليه تصرفا من تصرفاته .

ومن أمثلة التعليق الشرعي : قوله تعالى : " والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا "[1] .

ومن أمثلة الشرط الشرعي المعلق عليه : قول رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ لزوجه أم سلمة : " إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي من مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أرى هديتي إلا مردودة علي ، فإن ردت علي فهي لك "[2] .

والحقيقة أن هذا الشرط لغوي ؛ لأنه من كلام الرسول البشر ــ صلى الله عليه وسلم ــ إلى زوجه يلزم نفسه بأن يهب لها هدية النجاشي إن ردت إليه . ولذلك فهو يلزم من وجوده الوجود أي يلزم من وجود هذا الشرط اللغوي حصول الهبة .

فالشرط هنا لغوي وإن كان كلام الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ يعتبر في نفس الوقت دليلا شرعيا على صحة تعليق عقود التبرعات ؛ لأن الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ لا يبرم عقدا إلا إذا كان صحيحا[3] .

---

(١) من سورة النور : الآية (٣٣) .

(٢) نيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ١٠٠ .

(٣) اختلف الفقهاء في صحة تعليق عقود التمليك بصفة عامة . ==

القسم الثانى : الشرط المعلق عليه انتهاء المشروط :

التعليق على الشرط المنهى أو الفاسخ : يقصد به ترتيب نهاية أمر موجود فعلا على وجود أمر آخر بأداة من أدوات الشرط .

ومثاله فى الشرط اللغوى : قول الزوج إن دخلت الدار فأنت طالق ، فإن دخول الدار يترتب عليه إنهاء عقد الزواج بالطلاق .

ويلاحظ هنا أن دخول الدار شرط معلق عليه وجود المشروط ومعلق عليه أيضا انتهاء مشروط آخر ، فهو معلق عليه وجود الطلاق ، ومعلق عليه انتهاء عقد الزواج ، وذلك لأن الطلاق يؤدى إلى إنهاء عقد الزواج .

ومن ذلك أيضا : قول الموهوب له للواهب إن حملت زوجتك أقلتك من هبتك ، فعقد الهبة قائم فعلا وفسخه معلق على شرط حمل زوجة الواهب .

== فذهب جمهور الفقهاء إلى عدم صحة تعليق عقود التمليك بصفة عامة. وذهب ابن تيمية وابن القيم إلى صحة ذلك .

(الفتاوى الهندية ، جـ ٤ ، ص ٣٩٦ ، طبعة تركيا ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٣٦٨ ، رد المحتار ، جـ ٥ ، ص ٣٥٤ ، مواهب الجليل ، جـ ٥ ، ص ١٠١، مغنى المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٣٠٦ ، طبعة الحلبى ، منتهى الإرادات ، جـ ١ ، ص ٣٥٤ ، دار المعرفة ، الفروق للقرافى ، جـ ١ ، ص ٢٢٩ ، طبعة إحياء الكتب العربية) .

ومثال الشرط الشرعي المعلق عليه انتهاء المشروط : العيب في الشئ المبيع فهو شرط لفسخ العقد بخيار العيب [1] الذى يثبت شرعا دون حاجة إلى النص عليه .

ولكن قد يظهر العيب ولا يفسخ المشترى العقد . وعلى العكس من ذلك فإن الشرط اللغوى الفاسخ يترتب عليه حتما الفسخ أو الإنهاء ، كما إذا علقنا فسخ الهبة على حمل الزوجة، فإن الحمل يترتب عليه الفسخ حتما ؛ لأن الشرط اللغوى سبب.

ويلاحظ هنا : أن الشرط اللغوى يلزم من وجوده انتهاء المشروط ، ويلزم من عدمه بقاء المشروط .

أما الشرط الشرعي المعلق عليه انتهاء المشروط ، فلا يلزم من وجوده انتهاء المشروط ، ويلزم من عدمه بقاء المشروط .

النوع الثانى : الشرط المقارن ، أو الاقتران بالشرط :

الشرط المقارن : هو التزام أمر لم يوجد فى أمر وجد بصيغة مخصوصة [2] . أو هو التزام فى التصرف القولى لا

---

(١) هو حق يثبت للعاقد بمقتضاه عند اطلاعه على عيب يجهله بالمعقود عليه ولاية فسخ العقد وإمضائه . (الخيارات فى الفقه الإسلامى ، أ . د./ على أحمد مرعى ، الطبعة الأولى ، ١٣٩٦ هـ ــ ١٩٧٦ م ، ص ٨٥).

(٢) حاشية الحموى على الأشباه ، جـ ٢ ، ص ٢٢٥ ، طبعة العامرة .

ويقابل هذا التعريف ــ تعريف الشرط المعلق ، حيث أنه (ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد) .

يستلزمه ذلك التصرف فى حالة إطلاقه ، أو أنه : ما جزم فيه بالأصل وشرط فيه أمر آخر [1] .

فالشرط المقارن هو الشرط الذى لا يعلق عليه شئ وجودا أو إنهاء ، وإنما هو أمر زائد يضاف إلى الشئ ، ويقترن بالعقد بكلمة بشرط كذا ، أو على أن يكون كذا ، أو على شرط أن ، أو بشرط إن ، أو ما شابه ذلك .

كما لو باع الإنسان بضاعة على شرط أن تكون محمولة على حسابه إلى محل المشترى ، فالبائع هنا قد التزم بالشرط ضمن عقده فوجب عليه أن يحمل المبيع إلى محل المشترى . وهذا الالتزام لم يكن ليقتضيه البيع المطلق ، أى الخالى عن الشرط ؛ لأن البيع المطلق إنما يوجب انتقال الملكية بعوض ، ثم إن المالك الجديد المشترى هو المكلف بنقل مشتراه على حسابه .

فهنا البائع التزم أمرا لم يقع ، وهو حمل المبيع على حسابه وأن التزامه هذا حصل فى ضمن أمر قد وجد وانبرم ، وهو عقد البيع .

ومثل ذلك أيضا ما لو وكل شخص وكيلا بشراء شئ على أن يكون الثمن مقسطا أقساطا عين له عددها ومددها .

فالوكيل قد تقيدت وكالته بهذا الشرط فأصبح ملتزما فيها

---

(١) المنثور ، جـ ١ ، ص ٣٧ .

أن لا يشترى لموكله إلا بحسب التقسيط الذى قيده بـــه ، فلــو خالف يقع الشراء لنفسه ولا يلتزم به موكله ، ولو كان التوكيــل مطلقا لكان للوكيل صلاحية الشراء للموكل نقدا وتقسيطا [١] .

فالعقد المقترن بالشرط هو مقيد به [٢] . والمقيد هنا هــو

---

(١) المدخل الفقهى العام ، جـ ١ ، ص ٥٠٦ .

(٢) الاقتران بالشرط هو تقييد الصيغة المنشئة للعقد بشرط يظهر أثـــره فـى أحكامها فقط ، كأن يدخل على العقد شرط ينتج مصلحة لأحد المتعـــاقدين أو لغيرهما ، كأن يقول بعتك هذه الدار على أن أسكنها . (الحموى علـــى الأشباه والنظائر لابن نجيم ، جـ ٢ ، ص ٢٢٥) .

(المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، الأستاذ الدكتور / محمد سلام مدكـــور ، ص ٦٥٦) .

ولذلك ذهب بعض الفقهاء إلى تسمية هذا النوع من الشروط بالشـــرط (المقيد) بدلا من (الشرط المقترن) ؛ لأن الاقتران معنـــى ينطبـق علـى التعليق والإضافة أيضا ، فلا يدل على الخاصة التى يتميز بها هذا النـــوع من الشروط .

والعقد المقترن بالشرط فى حالة التقييد هو منجز مـــبرم ؛ لأن معنـــى التقييد يشعر بوجود الأمر المقيد .

وقد يكون منجز مقترن بشرط غير مؤقت (مطلق)، مثل قول الزوجــة: تزوجتك على شرط أن تكون عصمتى بيدى .

وقد يكون منجز مقترن بشرط مؤقت . مثل قول المؤجر أجــرت لــك دارى مدة سنة على شرط أن تجعلها لسكناك فقط ، أو أعرتك دابتى ثلاثـــة أيام على شرط ألا تحمل عليها أكثر من قنطار واحد .

(الالتزامات فـــى الشـــرع الإســـلامى (٢) ، ص ١٦٩ ، أصـــول الفقــه الإسلامى ، الأستاذ الدكتور / عبد المجيد مطلوب ، ص ٤٩٤) .

حكم العقد المنشأ والقيد هو الشرط الذى التزم به العاقد ما التزم ، علاوة على الحكم الأصلى للعقد .

والشرط المقارن يكون فى العقود بالمعنى الاصطلاحى الواسع فى الفقه الإسلامى ، أى سواء أكان العقد بين طرفين أم من طرف واحد فى حالة العقد بالإرادة المنفردة .

ومن هذه الشروط الشرط الذى يشترطه أحد المتعاقدين أو كلاهما ؛ لأنه يرى فى ذلك الاشتراط تحقيق مصلحة له من غير أن يجعل العقد معلقا أو موقوفا على تحقق شرط فى العقد كالبيع بشرط أن يقدم المشترى كفيلا بالثمن ، أو يقدم البائع كفيلا بضمان رد الثمن إذا استحق المبيع ، فإن هذين الشرطين ثابتان فى السبب وهو أثر العقد .

والشرط المقارن هو التزام جديد ينشئه العاقد أو العاقدان زائدا على أصل العقد ليزيد فى التزامه أو لتقوية هذه الالتزامات [1] .

---

(١) لكل عقد من العقود حقوق رتبها الشارع لتحقق حكمه المترتب عليه .

فحقوق العقد هى مجموع الالتزامات اللازمة لتنفيذ حكم العقد ، وذلك مثل التزام البائع بتسليم المبيع والتزام المشترى بدفع الثمن فى عقد البيع . وهذه الحقوق تسمى حقوق العقد الأصلية ، وهى التى تسمى التزامات أصلية . وقد يضاف إليها التزامات أخرى غير أصلية ، قد تكون شرعية، لأن الشارع هو الذى جعلها التزامات ، وقد تكون هذه الالتزامات الجديدة قد اشترطها المتعاقدان أو أحدهما زيادة على الالتزامات الأصلية ==

-- طبقا لمبدأ حرية اقتران العقود بالشروط عند بعض الفقهاء ، وهذا يتوقف على نوع العقد .

وقد تكون هذه الالتزامات فى صورة شروط لصحة العقد كاشتراط الشاهدين لصحة عقد الزواج ، فهذا شرط مقارن شرعى مرتبط بصحة العقد ، لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفه . وقد يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفته، مثل قوله صلى الله عليه وسلم: " من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذى باعها إلا أن يشترط المبتاع"، فثمار النخل المؤبر شرطها الشارع للبائع، ولكن يجوز للأفراد أن يتفقوا أنها للمشترى.
(نهاية المحتاج ، جـ ٦ ، ص ٢١٣ ، الخرشى ، جـ ٣ ، ١٦٨ ، المقنع، جـ ٣، ص ٢٧، ٢٨، نيل الأوطار، جـ ٦، ص ٢٦٠، المحلى، جـ ١١ ، ص ٤٧) .

وهذا الشرط لا يعتبر شرط شرعى مقارن معلق ؛ لأنه شرط واجب التحصيل ، كما أنه ليس أمرا مستقبلا يعلق عليه الزواج .

وقد تكون هذه الالتزامات فى صورة شروط مقترنة بالعقد ويجوز اتفاق المتعاقدين على ما يخالفها ، أى أن الشارع رتبها فى حالة سكوت المتعاقدين . ومثال ذلك : اشتراط بائع النخل المؤبر أن تكون الثمرة له مادام لم يتفق على غير ذلك .

وقد تكون هذه الالتزامات فى صورة شروط مقترنة بالعقد ولكنها محل خلاف بين الفقهاء . ومادامت محل خلاف فإنها لا تكون أصلية بالنسبة لمن لا يرى ذلك. مثل حق المشترى فى خيار الرؤية، فإنه محل خلاف بين الفقهاء وأشير هنا إليه بشئ من التفصيل .

فالخيار وهو اسم من الاختيار، يقال أنت بالخيار ، أى اختر ما شئت، وخيرته بين الشيئين فوضت إليه الاختيار .

وعند الفقهاء ، الخيار هو إعطاء المتعاقد الحق فى طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه .

-- (حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ، جـ ٢ ، ص ٤٣ ، حلية العلماء، تأليف أبى بكر محمد بن أحمد القفال الشاس ، ص ٥٠٧ ، مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٢٦٥ ، الفروق ، جـ ١ ، ص ١٩٤ ، المغنى، جـ ٣ ، ص ٤٩٤ ـ ٤٩٥) .

ولما كان خيار الرؤية مرتب على بيع الغائب فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا كان المبيع حاضرا مجلس العقد مشاهدا للمتبايعين فالبيع صحيح .

كما اتفقوا على أنه إذا كان المبيع موصوفا فى الذمة جاز متى استجمع ما اعتبره الشارع لصحة السلم .

وإذا رأى المتبايعان المبيع قبل العقد ثم عقدا عليه بعد ذلك وهو غير مشاهد لهما وقت التعاقد ، فهل تكفى تلك الرؤية المتقدمة على العقد أو لا.

الحال لا يخلو إن كان الشأن فى المبيع أنه لا يتغير غالبا فى تلك المدة فالعقد صحيح عند جمهور الفقهاء ، أما إذا كان الشأن فى المبيع أنه مما يسرع إليه التغيير غالبا فى المدة السابقة فالبيع فاسد عند الشافعية والحنابلة ؛ لأن البيع بمنزلة مجهول الحال والعلم به شرط لصحة العقد ، وإن كان المبيع يحتمل التغيير وعدمه على حد سواء فالبيع صحيح ؛ لأن الأصل بقاء المبيع علي الصفة التى كان عليها وقت الرؤية ، أما إذا كان المبيع عينا غير مشاهدة للعاقدين وقت التعاقد ولم يسبق لهما رؤيتها من قبل فهل يصح العقد أو لا .

اختلفت كلمة الفقهاء فى هذا :

فذهب الحنفية والمالكية والراجح فى المذهب القديم للشافعى ورواية عند الحنابلة إلى أن البيع صحيح ، استنادا إلى قوله تعالى : " وأحل الله البيع ... " (سورة البقرة : الآية ٢٧٥) . والبيع عام فيشمل بيع الغائب لدخوله تحت لفظ البيع الذى أحله الله .

(حلية العلماء ، ص ٥٠٧، الهداية ، جـ ٦ ، ص ٣٣٥ ، مواهب الجليل، جـ ٤، ص ٢٩٦ ، حاشية الدسوقى ، جـ ٣ ، ٢٥ ، ٢٦ ، المغنى ، --

والشرط المقارن قد يكون شرعيا ، أى أمرا زائدا على العقد اشترطه الشارع لحكمة ، وذلك كاشتراط خيار الرؤية عند بعض الفقهاء فهو يثبت دون نص ، وهو أن يكون للمشترى حق الخيار عند رؤية السلعة فيفسخ العقد أو يمضيه.

= جـ ٣ ، ص ٤٩٤ ، ٤٩٥) .

ومن السنة ما رواه ابن أبى شيبة عن مكحول أن النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال : " من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه إن شاء تركه وإن شاء أخذه " أخرجه الدارقطني في سننه ــ كتاب البيوع ، جـ ٣ ، ص ٤ عن مكحول مرفوعاً . وقال الدارقطنى : مرسل وأبو بكر بن أبى مريم ضعيف . أخرجه البيهقى فى سننه ــ كتاب البيوع باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ، جـ ٥ ، ص ٢٦٨ عن مكحول رفعه وهذا مرسل، طبعة دار المعرفة، بيروت لبنان. (نصب الراية، جـ ٤، ص٩).

وذهب الشافعى فى مذهبه الجديد والراجح عند الحنابلة إلى أنه لا يصح بيع الغائب . واستدلوا بما رواه أبى هريرة ــ رضى الله عنه ــ أن النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ (نهى عن الغرر) . أخرجه مسلم فى صحيحه كتاب البيوع ــ باب بطلان بيع الحصاه والبيع الذى فيه غرر ن جـ ٣ ، ص ١١٥٣ ح ١٥١٣ عن أبى هريرة . وأخرجه الترمذى فى سننه ــ كتاب البيوع باب ما جاء فى كراهية بيع الغرر، جـ٣ ص٥٢٣ ح١٢٣٠ عن أبى هريرة وصححه الترمذى.

وأرى أن الراجح هو مشروعية بيع الغائب؛ لأن الإنسان قد يرغب فى شراء شئ قد يحتاجه فى وقت يكون فيه هذا الشئ غير حاضر فى مجلس العقد، وقد يفوت الشئ المرغوب فيه إذا أجل العاقد عقده إلى أن يحضر المبيع ويشاهده ، فهذا النوع من البيع الناس فى حاجة إليه ، مع ثبوت خيار الرؤية لمن يشترطه ، بل ذهب الحنفية إلى أن خيار الرؤية يثبت لمن لم يرى المبيع حتى ولو نص فى العقد على إسقاطه ، واستدلوا بالحديث السابق : (من اشترى ما لم ير ..) ، فهو شرط شرعى مقارن لا يجوز مخالفته .

(يراجع : بدائع الصنائع ، جـ ٥ ، ص ١٥٦ ، الفروق للقرافى ، جـ ١، ص ١٩٤ ، نهاية المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٤٣٢ ، المعاملات الشرعية المالية ، لأحمد بك إبراهيم ، ص ٨٤، تبيين الحقائق ، للزيلعى ، جـ ٤، ص ٢٤) .

وقد يكون الشرط المقارن لغويا [١] ، أى مصدره العاقدان وذلك كاشتراط رهن أو كفيل بالثمن وغير ذلك من الشروط التى يضيفها المتعاقدان فى العقد بغرض تحقيق مصلحة لأحد المتعاقدين أو لهما أو لغيرهما .

وقد لا ينتج الشرط مصلحة لأحد على الإطلاق كأن يبيع أرضا ويشترط عدم زراعتها ، أو يبيع كتابا ويشترط ألا يقرأ فيه ، وهذا كله من قبيل العبث واللغو [٢] .

النوع الثالث : العقد المضاف والمقترن بالشرط :

العقد المضاف هو ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل ، وحكمه أنه ينعقد فى الحال ولكنه لا يترتب عليه أثره إلا عند مجئ الوقت الذى أضيف إليه . فالإضافة هى تأخير حكم التصرف القولى المنشأ إلى زمن مستقبل معين . فلو قال آجرتك دارى من أول شهر شوال الآتى لا يترتب على هذا العقد حكمه إلا من أول شوال

---

(١) ومعيار التفرقة بين الشرط الشرعى المقارن والشرط اللغوى المقارن أن الشرط الشرعي المقارن ، وإن كان التزاما فرعيا كالشرط اللغوى المقارن، إلا أنه يثبت دون حاجة للنص عليه فى العقد ، لأنه من الشارع. أما الشرط المقارن اللغوى فلا يتصور ثبوته بغير نص فى العقد ، لأنه يكون بحسب إرادة المتعاقدين مثل خيار الشرط .

(٢) المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، الأستاذ الدكتور / محمد سلام مدكور ، ص ٦٥٧ .

المذكور . وكذا لو قال جعلت أرضى صدقة موقوفة لله تعـــالى بعد شهر ، لا تكون وقفا إلا بعد شهر . وكذا لو قال عبدى حـــر أو زوجتى طالق من أول السنة القادمة لا يثبت كل من الحريـــة للعبد والطلاق للزوجة إلا فى أول السنة القادمة ، وهكذا .

والعقد المضاف قد يقترن بشرط غير مؤقت (مؤبـــد)[1]:

مثل قول القائل جعلت أرضى الفلانية صدقـــــة موقوفـــة علــى الفقراء والمساكين أول يناير الآتى ليصرف فاضل غلتها إليــــهم على شرط أن يقدم فقراء قرابتى على غيرهم .

وقد يكون مضاف مقترن بشرط مؤقت : مثــــل أجــرت أرضى الفلانية من أول أكتوبر الآتى مدة ثلاث ســــنين علــى شرط ألا تزرع فيها نوع كذا .

وقد يكون الزمن المستقبل ملحوظا ، فيكـــون التصــرف مضافا دون تصريح بالإضافة ، كما فى الوصيــــة ، إذ يقــول الموصى مثلا : أوصيت بثلث مالى لفلان ، أو للجهة الفلانيــــة، فإن الوصية تفيد معنى الإضافة إلى ما بعد الموت . أما التــبرع المنجز فى الحياة فهو الهبة أو الصدقة .

وتصاغ الإضافة عادة بذكر الزمن على سبيل الظرفيــــة

---

(١) وقد يكون العقد المضاف منجز غير مؤقت مثل وقفـــت دارى مـــن أول شهر يونيه الآتى ليعطى ريعها للفقراء والمساكين صدقة مؤبدة .

وقد يكون مضاف مجرد مؤقت مثل أجرت لك دارى الفلانية مـــن أول شهر يونيه الآتى مدة سنة. (الالتزامات فى الشرع الإسلامى ، ص١٧٠).

للتصرف الإنشائى المضاف ، فإذا صيغت الإضافة بطريق التعليق على مجئ الزمن ، واستعملت فيها بعض أدوات التعليق الشرطية السالفة البيان اعتبرت تعليقا محضا لا إضافة، كما لو قيل : إذا جاء الشهر الفلانى فقد آجرتك دارى سنة بكذا، فعندئذ تأخذ أحكام التعليق لا أحكام الإضافة ؛ لأن أصل انعقاد العقد حينئذ يكون معلقا على مجئ الزمن المعين مربوطا به ارتباط المشروط بشرطه ، كتعليقه على أى حادث آخر وليس معقودا للحال ومؤخر الحكم إلى زمن مستقبل [١] .

المقارنة بين تعليق العقد على شرط واقترانه به أو إضافته :

الفرق بين التعليق على الشرط والاقتران بالشرط :

عند تعليق العقد على شرط فإن وجود هذا العقد يتوقف على وجود الشرط المعلق عليه ، فإذا تحقق الشرط وجد العقد وترتبت عليه أحكامه وآثاره من وقت الشرط فقط ، أما قبل تحقق الشرط فلا يوجد العقد .

فالتعليق مقتضاه أن العقد المعلق بالشرط مهما كان نوعه هو عدم قبول وقوع الشرط المعلق عليه . أما اقتران العقد بالشرط فوجود العقد غير متوقف على شئ لكن اتصل به شرط أضافه العاقد ، لأنه يحقق مصلحة له أو لغيره . فلا أثر للشرط الصحيح فى انعقاد العقد ، وإنما أثره يكون فى أحكام

---

(١) المدخل الفقهى العام ، جـ ١ ، ص ٥٠٨ .

العقد وآثاره .

فالتعليق ترتيب أمر على أمر لم يوجد بأداة من أدوات الشرط ، أما العقد المقترن بالشرط فهو إلزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغته [١] .

فالتعليق لا عمل له في آثار العقد وأحكامه ، فعند تحقق الشرط الذي علق عليه العقد يصبح العقد كأن لم يكن به شرط وينتج جميع آثاره وأحكامه . فعمل شرط التعليق إنما هو في المرحلة التي تبدأ بصيغة العقد وتنتهي بتحقق الشرط ، وبعد أن يتحقق الشرط يكون العقد قد تخلص من أثر شرط التعليق وأصبح نافذا منتجا لآثاره وأحكامه . فلو علق إنسان الوكالة مثلا بقوله لشخص آخر : متى تسلمت بضاعتي الفلانية فقد وكلتك ببيعها ، فباعها المخاطب قبل تسليمها ، ثم تسلمها ربها لا ينفذ عليه البيع ؛ لأن وكالة ذلك الشخص إنما تثبت منذ تسلم البضاعة فقبل ذلك يكون فضوليا في بيعه [٢] .

أما الشرط المقيد للعقد ، فإن عمله يكون في آثار التصرف وأحكامه ، فإذا صدر العقد مقيدا بشرط ، فإن عمل هذا الشرط يكون في المرحلة التي تلي تمام العقد ، هذه

---

(١) في أحكام الأسرة – دراسة مقارنة – الزواج والفرقة ، أ . د . / محمد بلتاجي ، طبعة دار التقوى ، ١٤٢١ هـ – ٢٠٠١ م ، هامش ص ٢١٩، الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ، جـ ٢ ، ص ٢٢٤ .

(٢) المدخل الفقهي العام ، ص ٥١١ .

المرحلة التى تبدأ بتحقيق أحكام العقد وآثاره .

ويكون عمل الشرط حينئذ إما تقييد هذه الأحكام والآثار بعد أن كان المالك مطلق التصرف فى ملكه . كما لو شرط البائع على المشترى سكنى الدار المبيعة شهرا أو ركوب الدابة إلى مكان معلوم .

وإما توكيد وتوثيق ما يقتضيه العقد من الوفاء بالمعقود عليه . كما لو شرط البائع بثمن مؤجل رهنا أو كفيلا بالثمن .. إلى غير ذلك من أنواع الشرط .

كما أن الشرط المقارن الشرعى دائما يكون فى مقدور المكلف وإن كان فيه بعض المشقة مثل اشتراط شهادة الشاهدين فى عقد الزواج .

وأما الشرط الشرعى المعلق عليه فهو دائما أمر محتمل الوقوع ، ليس واجبا على المكلف تحقيقه كالحول فى الزكاة مثلا .

ويتفق شرط التعليق والشرط المقترن بالعقد فيما يلى :

- أن كلا منهما قد شرطه المتصرف بإرادته وباختياره ، ويخرج بذلك الشرط الشرعي الذى يقضى به الشارع .
- أن كلا منهما أمر زائد على أصل التصرف ، ولا يتوقف وجود العقد في ذاته على وجود أى منهما . كما أن كلا منهما لا يؤثر فى وجود العقد بذاته فقد يوجد العقد بدونهما.
- أن كلا منهما لا يكون إلا أمرا مستقبلا . فلو علق العقد

على أمر ماض أو حادث فعلا كان العقد منجزا وليس معلقا على شرط ، وأيضا لو اقترن العقد بشرط حادث وواقع بالفعل لما كان هذا شرطا .

- كما تتفق الشروط الشرعية المقارنة مع الشروط الشرعية المعلق عليها فى أنه لا يلزم من وجودها الوجود ويلزم من عدمها العدم . فقد توجد الطهارة ولا توجد الصلاة ، ولكن لا صلاة بغير طهارة .

ـ **الإضافة تشبه التعليق من وجه :** لأن حكم العقد المضاف مؤخر الظهور ، لأن الزمن المضاف إليه محقق القدوم ، وليس على خطر الوجود والعدم كما فى الشرط المعلق عليه.

ـ **والإضافة كذلك تشبه الاقتران :** لأن المؤخر فيها ليس هو أصل العقد كما فى التعليق ، بل حكمه فقط .

وبناء على هذا كان مقتضى الإضافة فى نظر الفقهاء أن العقد المضاف ينعقد فى الحال سببا للحكم المستقبل ، فهو عقد قائم بين الطرفين منذ إنشاء الإضافة كما فى حالة التقييد ، وليس معدوما للحال كما فى التعليق .

ـ **التعليق يختلف عن الإضافة :** فى أن التعليق يمنع المعلق على السببية للحكم ، فإن نحو (أنت طالق إن كلمت فلانا) منع انعقاده سببا للحال ، وجعله متأخرا إلى وجود الشرط . فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا إلى حكمه ، وهو

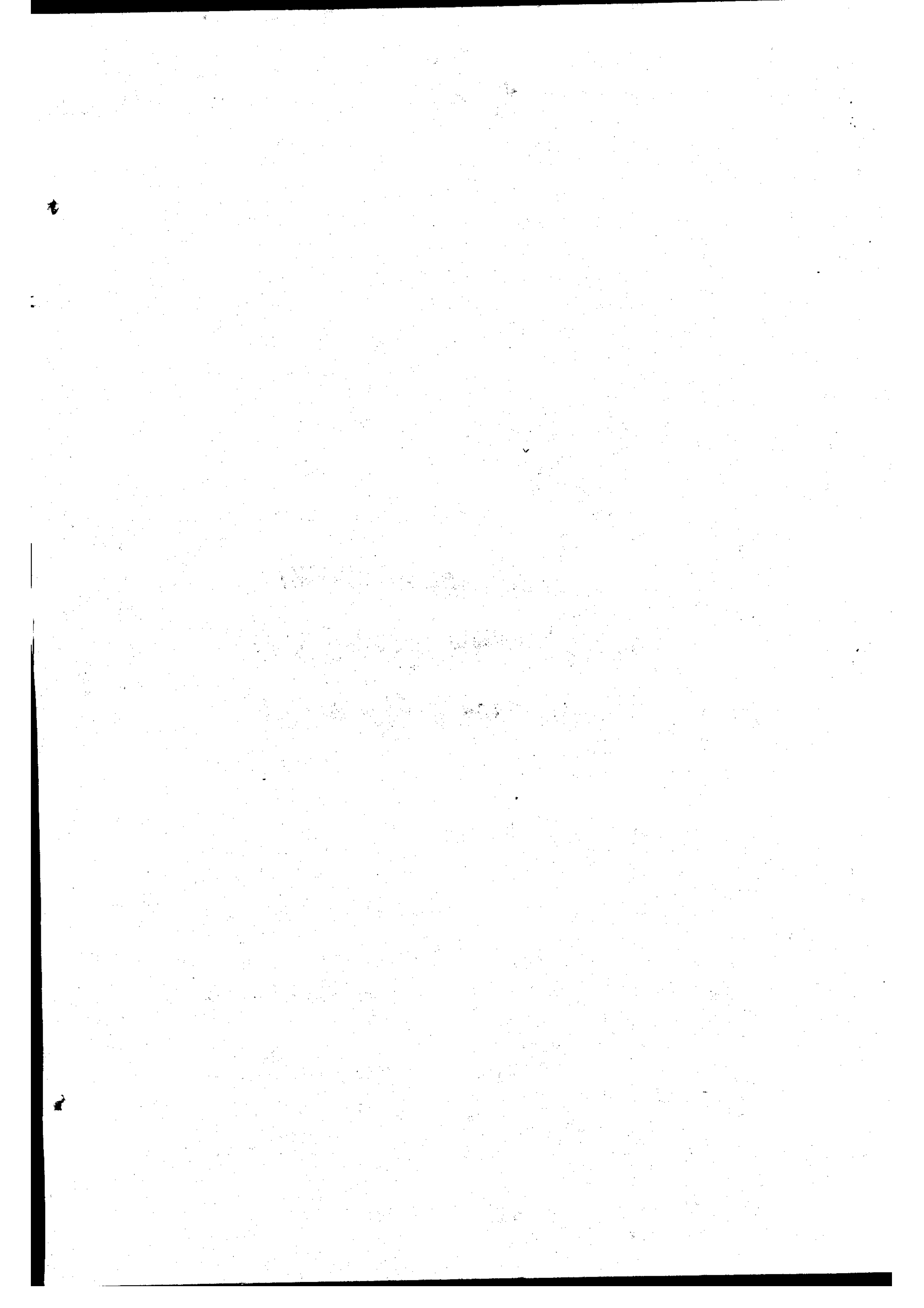
الطلاق .

وأما الإيجاب المضاف مثل (أنت طالق غدا) فإنه ينعقد سببا للحال لانتفاء التعليق المانع من انعقاد السببية، لكن يتأخر حكمه إلى الوقت المضاف إليه ، فالإضافة لا تخرجه عن السببية بل تؤخر حكمه بخلاف التعليق .

الفصل الثانى

مبدأ اقتران العقود بالشروط

فى الفقه الإسلامى



تمهيد :

العقد هو تعلق كلام أحد الطرفين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره فى المحل [1] .

والأصل فى العقود رضى المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد ؛ لأن الله تعالى قال فى كتابه الكريم : " إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم " [2] . وقال تعالى : " فإن طبن لكم عن شئ منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً " [3] . فعلق سبحانه وتعالى جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه ، فدل على أنه سبب له وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم ، وإذا كان طيب النفس هو المبيح للصداق ، فكذلك سائر التبرعات قياساً بالعلة المنصوصة التى دل عليها القرآن .

وكذلك قوله تعالى : " إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم " لم يشترط فى التجارة إلا التراضى ، وذلك يقتضى أن التراضى هو المبيح للتجارة . وإذا كان كذلك ، فإذا تراضى المتعاقدان أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن

---

(١) مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ٥٠٩ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، جـ ٣ ، ص ٥ ، ٦ ، الخرشى على مختصر خليل ، المطبعة الأميرية ، ١٣١٧ هـ ، جـ ٥ ، ص ٥ .

(٢) من سورة النساء : الآية (٢٩) .

(٣) من سورة النساء : الآية (٤) .

إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة فى الخمور ونحو ذلك .

ولاشك أن حرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد . فإذا كانت العقود مقصورة على ما نص عليه الشارع فإن الشروط المتعلقة بهذه العقود ستقتصر ـ فى الغالب ـ أيضاً على ما نص عليه الشارع .

وعلى العكس إذا كانت العقود مطلقة من هذا القيد ويستطيع المكلف أن يبرم ما يحتاجه من العقود ـ مع اجتناب ما نص على تحريمه ـ فقد يؤدى هذا إلى القول بحرية الاشتراط .

والمراد بالشروط هنا ما يصدر من المكلف من شروط سواء أكان الشرط معلقاً عليه وجود العقد أم انتهاؤه ، أم كان مقارناً للعقد . فالمقصود بحرية الشروط هنا الشروط اللغوية.

لأن الشرط الشرعى يخرج عن قاعدة حرية العقود والشروط فى الفقه الإسلامى ، ذلك أن الشارع لا يُسأل عما يفعل فهو سبحانه يفعل ما يشاء من الأسباب والشروط والموانع التى يلزم بها عباده سواء فى عباداتهم أم معاملاتهم . قال تعالى : " لا يُسأل عما يفعل وهم يُسألون " (١) .

وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً حول حرية التعاقد

---

(١) من سورة الأنبياء : الآية (٢٣) .

وبالتالى حرية الاشتراط . فذهب البعض إلى أن الأصل فى ذلك الحظر فلا يُباح منها إلا ما جاء به النص . وذهب بعض الفقهاء إلى أن الأصل فى ذلك الإباحة ولا يحظر منها إلا ما جاء النص بحظره .

وأشير فيما يلى إلى آراء الفقهاء وأدلتهم فى هذا الموضوع فى خمسة مباحث كما يلى :

المبحث الأول : أدلة القائلين بأن الأصل فى الاشتراط الإباحة.

المبحث الثانى : أدلة القائلين بأن الأصل فى الاشتراط الحظر.

المبحث الثالث : مناقشة أدلة الفريق الأول .

المبحث الرابع : مناقشة أدلة الفريق الثانى .

المبحث الخامس : الترجيح .

المبحث الأول

أدلة القائلين بأن الأصل في الاشتراط الإباحة

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الأصل في العقود والشروط الصحة والإباحة . وأصحاب هذا الرأى هم الحنابلة[1] ، وابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، والرأى المختار عند الطباطبائى أحد علماء الشيعة الإمامية [2] .

---

(١) لا خلاف عند الحنابلة فى أنه يجوز للعاقد أن يشترط ما يشاء من الشروط التى هى من مقتضى العقد أو مصلحته مثل أن يبيعه بشرط الخيار والتأجيل والرهن والكفيل ، أو بشرط أن يسلم إليه المبيع أو الثمن، وكذلك اشتراط الشهادة واشتراط صفة مقصودة فى المبيع كالصناعة والكتابة مما تتعلق به مصلحة أحد العاقدين . فعند الحنابلة يجوز اشتراط أى عدد من الشروط التى ليست من مصلحة العقد ولا تنافى مقتضاه .

فعندهم الشرط الفاسد المحرم هو اشتراط عقد فى عقد ، أو اشتراط ما ينافى مقتضى العقد ، أو اشتراط البائع أو المشترى شرطاً يعلق عليه البيع والشراء ، كقول البائع : بعتك إن جئتنى بكذا ، أو بعتك إن رضى فلان .

(كشاف القناع ، جـ ٣ ، ص ١٩٣ ، الشرح الكبير ، جـ ٤ ، ص ٥٥ـ٦١ ، المغنى ، لأبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه ، المتوفى سنة ٦٢٠ هـ ، على مختصر الخرقى ، مطبعة الإمام ، جـ ٤، ص ٢٠٢) .

(٢) الفتاوى الكبرى ، جـ ٣ ، ص ٤٧٧ ، وما بعدها ، إعلام الموقعين ، جـ ٣ ، ص ٣٣٨ ، المختصر النافع لأبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن يحيى الهزلى المحلى ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ، الطبعة ==

وهؤلاء فتحوا باب الشروط فى العقود على مصراعيه وأطلقوا الحرية للمتعاقدين فى تغيير آثار العقود ولم يقيدوهم إلا بقيد واحد وهو ألا يخالف هذا الشرط حكماً مقرراً فى الشريعة الإسلامية وردت به الأدلة المعنية [1] .

وقد استدل أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة والمعقول.

أولاً : الكتاب :

استدلوا بآيات كريمة كثيرة كلها توجب الوفاء بالعقود والشروط على العموم منها :

١ــ قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " [2] .

-- الثانية ، جـ ، ص ، الشروط الشائعة فى المعاملات وأحكامها فى الشريعة والقانون ، للدكتور / زكى الدين شعبان ، المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ، العدد ٣ ، ٤ ، مارس ويونيه سنة ١٩٥٥ ، السنة الخامسة وعشرين ، ص ٣٣٧ .

(١) جاء فى مفاتيح الأصول : (إذا تحقق شرط فى ضمن عقد أو إيقاع ولم يقم دليل من الشرع على صحته أو فساده بالخصوص فهل الأصل الصحة أو الفساد ، فيه إشكال ، ولكن يحتمل قوياً الأول لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : " المؤمنون عند شروطهم " .

(٢) من سورة المائدة : الآية (١) .

والأمر هنا فى هذه الآية الكريمة (للوجوب) ؛ لأن الأمر لم يأتى هنا للندب ولا للإرشاد ولا للإباحة ولا للتهديد ولا الإنذار أو الدعاء ولا لغير ذلك من الأوجه المعروفة للأمر ، ومن ثم فكل مؤمن ملزم إن هو تعاقد =

وجه الدلالة :

فى هذه الآية الكريمة يأمرنا الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود ، وهذا عام فى كل العهود والشروط والمواثيق والعقود، من بيع وإجارة وشركة وكفالة وزواج وغيرها من العقود التى كانت معروفة وقت نزول هذه الآية والتى حدثت بعدها والتى ستحدث فى المستقبل ، وأمر الله بالوفاء بالعقود دليل على جوازها ، لأن الله لا يأمرنا بالوفاء بما لا يجوز الإقدام عليه ، طالما هى لا تحل حراماً أو تحرم حلالاً ، فكل شرط لم يرد من الشارع الحكيم ما يدل على فساده وتحريمه يعتبر صحيح يجب الوفاء به ، لأن الوفاء بالعقود يحقق مصالح العباد ، إذ يحفظ الأموال من أن تؤكل بالباطل وحفظ الأموال هو أحد المقاصد الخمسة الضرورية التى إذا انعدمت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهارج (١).

-- أن يفى بعقده أو عهده .

(جامع البيان عن تأويل آى القرآن ، تحقيق وتعليق / محمود محمد شاكر، طبعة دار المعارف ، جـ ٩ ، ص ٤٤٩ .

(١) أحكام القرآن ، للجصاص ، جـ ٢ ، ص ٣٥٨ وما بعدها ، ونظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى ، الأستاذ الدكتور / حسين حامد حسان ، طبعة ١٩٧١ ، ص ٢٤ .

ويراجع : مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير ، للإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن على التيمى البكرى الرازى الشافعى ، المجلد الخامس ، ص ٥٤٤ ، الناشر دار الغد العربى .

فلو كان الأصل فى العقود والشروط الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه لما وجب أن يؤمر بها مطلقاً ويذم من نقضها أو عذر مطلقاً .

وإذا كان حسن الوفاء ورعاية العهد مأموراً به فلما كان ذلك كذلك علم أن الأصل صحة العقود والشروط ، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده ، ومقصوده هو الوفاء به . وإذا كان الشرع قد أمر بمقصود العهود ، فهذا يدل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة .

كما أن قتل النفوس لما كان الأصل فيه الحظر إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه لم يجز أن يؤمر بقتل النفوس مطلقاً .

بخلاف ما كان جنسه واجباً كالصلاة والزكاة ، فإنه يؤمر به مطلقاً ، وإن كان لذلك شروط وموانع عن الصلاة بغير الطهارة ، وعن الصدقة بما يضر النفس ونحو ذلك .

والأمر بالوجوب الوارد فى هذه الآية الكريمة جاء بصيغة عامة لا تخصيص فيها ، ومطلقة لا قيود عليها ، ومفاد ذلك ولازمه أن الوفاء بالعقود يسرى على كافة الأنواع سواء كانت عقود معاوضات أم عقود تبرعات .

فالصيغة الواردة فى الآية الكريمة لا تفرق ، فى الوجوب بالوفاء بالعقود والشروط ، بين عقد بات منجز ، وآخر مضاف أو معلق ، طالما أن مضمون العقد ذاته لا يتنافى مع مقاصد الشريعة الغراء .

٢ــ قال تعالى : " وبعــــهد الله أوفــوا " [١] . وقــال تعــالى : "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا " [٢] . وقال تعــالى : " ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لا يولون الأدبار وكان عــهد الله مسئولا " [٣] .

وجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة :

فى هذه الآيات يأمرنا الله سبحانه وتعالى بالوفاء بعــــهد الله ، ويدخل فى الوفاء بالعهد ما يعقده المرء على نفســـه مــن عقود وما تتضمنه هذه العقود من شروط ؛ لأن المراد بالعـــهد (الشرط) ، فالشرط عهد يلتزم بـــه أحـد المتعـاقدين للآخـر والاتفاق عليه والرضا به عقد بين الطرفين . فالعقود من قبيـــل الشروط والشروط من قبيل العقود . وقد أمر الله تعالى بالوفـــاء بالعقود أمراً عاماً من غير تعيين ، وكذلك أمر بالوفاء بكل مـــا عقده المرء على نفسه [٤] .

ولقد جاء الأمر بالوفـــاء بـــالعقود والشـروط مقرونـــاً

---

(١) من سورة الأنعام : الآية (١٥٢) .
(٢) من سورة الإسراء : الآية (٣٤) .
(٣) من سورة الأحزاب : الآية (١٥) .
(٤) الملكية ونظرية العقد ، الأستاذ الدكتـــور / أحمـــد فـــراج ، ص ١٨٨ ، ويراجع : مفاتيح الغيب ، للإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين بـــن الحسن الرازى ، المجلد العاشر ، ص ٨٣ ، طبعـــة دار الغـــد العربـــى ، القرطبى ، جـــ ٧ ، ص ١٣٧ .

بالصدق . قال تعالى : " وإذا قلتم فاعدلوا ولو كـــان ذا قربــى وبعهد الله أوفوا " [1] ؛ لأن العدل فــــى القـــول خـــبر يتعلــق بالماضى والحاضر ، والوفاء بالعهد يكون فى القــول المتعلــق بالمستقبل .

وبقول الحق تبارك وتعالى : " الذين ينقضون عـــــهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون فــى الأرض أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار " [2] .

ولاشك أن الشرط بين المتعاقدين عهد قد قيدت به ذمـــة من التزمه ، فيجب الوفاء به ويحرم نقضه والإخلال بموجبـــه ما لم يقم الدليل على تحريمه كشرط يفضى إلى الربا أو يــؤدى إلــى الغــرر والجهالـــة الموجبـــة للـــنزاع والخصـــام بيـــن المتعاقدين[3]. يقول ابن القيم : إن الأصل فى العبادات البطـــلان حتى يقوم الدليل على الأمر . والأصل فى العقود والمعـــاملات الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان والتحريم . وأن الحـــلال ما أحله الله تعالى والحرام ما حرمه الله تعالى وما سكت عنـــه فهو عفو . فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها فإنه لا يجـــوز القول بتحريمها ، فإنه سكت عنها رحمة منه من غير نسيـــان

---

(١) من سورة الأنعام : الآية (١٥٢) .

(٢) من سورة الرعد : الآية (٢٥) .

(٣) الآثار المترتبة على تخلف شروط العقد ، دراسة مقارنـــــة ، الدكتـــور / محمد رفعت الصباحى ، طبعة ١٩٨٣ ، ١٩٨٤ م ، ص ١٣٩ ، ١٤٠ .

وإهمال . فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرمه الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود والعهود [١] .

فالله سبحانه وتعالى أمر الإنسان بالوفاء بالعهد إذا عاهد قال تعالى : " ولكنَّ البر من آمن بالله واليوم الآخر " إلى قوله تعالى : " والموفون بعهدهم إذا عاهدوا " [٢] .

ونعى الله تعالى على اليهود عدم وفائهم بعهود أنفسهم . قال تعالى : " أوَ كلما عاهدوا عهداً نبذه فريق منهم بل أكثرهم لا يؤمنون " [٣] . في حين أنه سبحانه يقول عند بيان صفات المؤمنين المفلحين : " والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون"[٤].

ونعى كذلك على الناكبين لعهودهم على وجه العموم والإطلاق ، قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لما تقولون ما لا تفعلون ، كبُرَ مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون " [٥] .

فالوفاء بالعقد المقترن بالشرط داخل في عموم الآيات التي تأمر بالعقود والعهود والشروط ، وعلى من يمنع ذلك الإتيان بدليل يستند إليه ليخصص عموم هذه الآيات .

---

(١) اعلام الموقعين ، جـ ٢ ، ص ٣٤، أحكام المعاملات الشرعية ، للشيخ/ على الخفيف ، ص ٢١٣ .

(٢) من سورة البقرة : الآية (١٧٧) .

(٣) من سورة البقرة : الآية (١٠٠) .

(٤) من سورة المؤمنون : الآية (٨) ، وسورة المعارج : الآية (٣٢) .

(٥) من سورة الصف : الآية (٢) .

٣ــ قال تعالى : " واتقوا الله الذى تساءلون به والأرحام " [(١)].

وجه الدلالة من الآية :

قوله تعالى " تساءلون به " قال المفسرون [(٢)] معناها [تتعاهدون وتتعاقدون] ، وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه العقد من فعل أو ترك مال أو نفع ونحو ذلك .

٤ــ قال تعالى : " وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا إن الله يعلم ما تفعلون ولا تكونوا كالتى نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثا تتخذون أيمانكم دخلا بينكم أن تكون أمة هى أربى من أمة إنما يبلوكم الله به " إلى قوله تعالى : " ولا تتخذوا أيمانكم دخلا بينكم " [(٣)] .

وجه الدلالة من هذه الآيات :

الأيمان جمع يمين ، وكل عقد فإنه يمين .

قيل سمى بذلك لأنهم كانوا يعقدونه بالمصافحة باليمين[(٤)]. ويدل على ذلك أيضا قوله تعالى : " إلا الذين

---

(١) من سورة النساء : الآية (١) .

(٢) القرطبى ، جـ ٥ ، ص ٥٣ .

(٣) من سورة النحل : الآيات (٩١ ، ٩٢ ، ٩٣ ، ٩٤) .

(٤) تفسير القرطبى ، الجامع لأحكام القرآن ، للإمام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أحمد بن أبى بكر بن فرج الأنصارى القرطبى، المتوفى سنة =

عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئاً ولم يظاهروا عليكم أحداً فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم إن الله يحب المتقين " إلى قوله : "كيف وإن يظهروا عليكم لا يرقبوا فيكم إلاً ولا ذمة"[١] والإلّ : هو القرابة ، والذمة : العهد ، وهما المذكوران فى قوله تعالى : " تساءلون به والأرحام " [٢] . فذمهم على قطيعة الرحم ونقض الذمة أى العهد والعقد ، والغدر والخيانة[٣] .

٥ــ قال تعالى : " وإن نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم " [٤] .

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

هذه الآية الكريمة نزلت فى الكفار لما صالحهم النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ عام الحديبية ، ثم نقضوا العهد بإعانة بنى بكر على خزاعة .

٦ــ قال تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " [٥] .

= ٦٧١ هـ ، جـ ٥ (٣٨٩٥) وما بعدها ، طبعة دار الغد العربى .

(١) من سورة التوبة : الآيات (٧ ، ٨) .

(٢) من سورة النساء : الآية (١) .

(٣) تفسير القرطبى ، جـ ٥ ، ص ٥٣ .

(٤) من سورة التوبة : الآية (١٢) .

(٥) من سورة النساء : الآية (٢٩) ، ويراجع : مفاتيح الغيب ، جـ ٥ ، ص١٧٥ .

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أباح الله سبحانه وتعالى انتقال الأعيان والأموال عبر التجارة التى تكون عن تراض . فالآية الكريمة لم تشترط فى التجارة التى هى سبب لكسب المال إلا التراضى ، فالتراضى هو الأصل فى صحة التجارات والتبرعات [١] .

فإذا تراضى المتعاقدان عن شرط لا يخالف حكم الله جاز لهما ذلك ، ولا يجوز إلغاؤه وإلزامهما بما لم يلتزماه ، كما لا يجوز إلزامهما بما لم يلزمهما الله ورسوله ، ولا إبطال ما شرطاه مما لم يحرم الله ورسوله عليهما شرطه .

٧ـ قال تعالى : " وآتوا النساء صدُقاتهنّ نِحلة ، فإن طبن لكم عن شئ منه نفَساً فكلوه هنيئاً مريئا " [٢] .

وجه الدلالة :

فى هذه الآية الكريمة يخبرنا الحق سبحانه وتعالى أن طيب النفس هو المبيح للصداق عن طريق المنطوق [٣] ؛ لأن

---

(١) يراجع مفاتيح الغيب ، جـ ٥ ، ص ١٧٥ .

(٢) من سورة النساء : الآية (٤) .

(٣) المنطوق : يُراد به (المنطوق به) ، وهو ما دل عليه اللفظ فى محل النطق . والمراد بما هنا (دلالة اللفظ على معنى فى محل النطق) ؛ لأن المنطوق من أقسام دلالة اللفظ ويكون تعريف دلالة المنطوق هى (دلالة اللفظ على المعنى فى محل النطق) ، ودلالة المنطوق دلالة لفظية .

(دراسات فى أصول الفقه ، الأستاذ الدكتور / السيد صالح عوض ، --

حل الأخذ الذى دل عليه منطوق الآية معلق على الرضا من الزوجة بأخذه . فكان الرضا شرطاً فى الحِل فينتفى الحِل عند انتفاء الرضا . لأن تعليق الحكم على وصف مشتق مناسب دليل على أن هذا الوصف سبب وعلة لذلك الحكم . وتعليق الحكم بإحدى صفات الذات ــ أى بوصف مخصوص ــ يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء تلك الصفة [1] .

فإذا كان طيب النفس هو المبيح للصداق ، فكذا سائر التبرعات بطريق القياس ، ومن ثم فأيضاً فى مجال المعاوضات إذا تراضى المتعاقدان على شرط معين وجب الوفاء به وتنفيذه ؛ لأن الشروط تندرج تحت (المعاملات) .

والمعاملات دائماً معللة بخلاف العبادات التى لا ينظر إلى معانيها وعللها غالباً .

ثانياً : الاستدلال بالسنة :

استدلوا بأحاديث كثيرة منها :

أولاً : روى عن عبد الله بن عمر قال : قال رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم : " أربع من كنّ فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة منهنّ كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، من إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا

--- الطبعة الأولى، ١٤٠٠ هـ ــ ١٩٨٠م ، دار الطباعة المحمدية ، ص١٦) .

(١) المصدر السابق ، ص ٤٥ .

عاهد غدر وإذا خاصم فجر "[١] .

وجه الدلالة من الحديث الشريف: أن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ ذم الغادر فى هذا الحديث الشريف . ولاشك أن كل من شرط شرطاً ثم نقضه فهو غادر .

ثانياً : روى فى الصحيحين عن عقبة ابن عامر أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج "[٢] .

---

(١) أخرجه الإمام البخارى فى صحيحه ـ كتاب الإيمان باب علامات المنافق ٥٠/١ ح ٣٤ عن عبد الله بن عمرو ـ رضى الله عنهما ـ وبقى الحديث " ومن كانت فيه خصلة منهنّ كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : إذا أؤتمن خان وإذا حدث كذب وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر".
وأخرجه مسلم فى صحيحه ـ كتاب الإيمان باب بيان خصال المنافق ٧٨/١ ح رقم ٥٨ عن عبد الله بن عمرو .
التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ للشيخ منصور على ناصف ، طبعة عيسى البابى الحلبى ، سنة ١٣٥١ هـ ـ ١٩٣٢ م ، جـ ٥ ، ص ٤١ .

(٢) أخرجه البخارى فى صحيحه ـ كتاب الشروط باب الشروط فى المهر فى عقدة النكاح ١٨٤/٢ـ١٨٥ ح رقم ٢٧٢١ عن عقبة بن عامر ـ رضى الله عنه .
وأخرجه الترمذى فى سننه ـ كتاب النكاح باب ما جاء فى الشرط عقد عقدة النكاح ٤٢٥/٣ ح ١١٢٧ عن عقبة بن عامر ـ رضى الله عنه وصححه الترمذى .
اعلام الموقعين ، جـ ٢ ، ص ٣٤ .

وجه الدلالة من الحديث الشريف : فى هـذا الحديث الشريف دلالة على استحقاق الشروط بالوفاء ، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها . وإذا كانت الشروط فى العقود مستحقة للوفاء بحكم الشارع كانت صحيحة جائزة ، إذ لا يستحق الوفاء إلا ما كان كذلك .

ثالثاً : روى أبو داود والدارقطنى من حيث سليمان بن بلال عن أبى هريرة ، قال : قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم : " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً والمسلمون على شروطهم " [1] .

وجه الدلالة من هذا الحديث : هذا الحديث رُوى من

---

(١) وجاء فى رواية الترمذى من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزنى عن أبيه عن جده أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً " ، وفى رواية " عند شروطهم " .

قال الترمذى حديث حسن صحيح ، جـ ٣ ، ص ٦٢٥ ، طبعة عيسى الحلبى .

وروى ابن ماجه هذا الحديث أيضاً ، ورواه أبو بكر البزار عن ابن عمر قال : قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم : " الناس على شروطهم ما وافقت الحق " . (التاج الجامع ، للشيخ منصور على ناصف، جـ ٢ ، ص ٢٠٢ ، التلخيص الحبير لابن حجر ، شركة الطباعة الفنية، جـ ٣ ، ص ٢٣) .

عدة جهات يقوى بعضها بعضا . بالإضافة إلى أن معنى هـــذا الحديث يشهد له الكتاب والسنة [1] .

فهذا الحديث يقوى ما ذهب إليه أصحاب هذا القول وهـو أن الأصل فى الشروط الصحة والإباحة ما لم يرد عن الشـارع ما يدل على تحريمه .

والإباحة هنا لا تتعارض البتـة مـع مـا حرمـه الله ، فالمشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ، ولا أن يحرم بـإطلاق ما أباحه الله ، فإن عقده وشرطه يكون حينئذ بـاطلا لمخالفتـه لحكم الله ، وكذلك ليس له أن يسـقط مـا أوجبـه الله وإنمـا المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدونه .

فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حرامـا ، وكل شرط صحيح فلابد أن يفيد وجوب ما لـم يكـن واجبـا وإباحة ما لم يكن مباحا ، ويحرم ما لم يكن حرامـا ، وكذلـك كل المتآجرين والمتناكحين .

ففى هذا الحديث الشريف أخبر النبى ـ صلى الله عليـه وسلم ـ بأن المسلمين واقفون عند شـروطهم ، وأنـه يجـب عليهم الوفاء بما شرطوه فيما بينهم .

ولو كان الأصل فى الشروط هو الحظر والمنـع حتـى يقوم الدليل المعين على الصحة والجواز لما جاء الحـث فـى

---

(١) الفتاوى الكبرى ، للإمام ابن تيمية ، جـ ٣ ، ص ٤٨١ .

كلام الشارع على الوفاء بالشروط بهذا الشكل الوارد في الحديث الشريف ، حيث ورد بصيغة العموم والإطلاق .

رابعا : قال صلى الله عليه وسلم : " مقاطع الحقوق عند الشروط " [1] . وقال صلى الله عليه وسلم : " ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " [2] .

وجه الدلالة : في هذين الحديثين بيان بأن هناك : شروطا مباحة للمتعاقدين ، يتخيرون منها ما يشاءون للالتزام بها في عقودهما ، وشروطا محظورة لا حق لأحد من المتعاقدين في اشتراطها في عقودهما لما أنها تناقض المقصود أو تخالف القواعد العامة الشرعية ، أو تصادم مقصدا من مقاصد الشريعة .

ومعنى الشرط الذى ليس في كتاب الله ، أي ليس فيما كتبه الله وأوجبه في شريعته التى شرعها .

خامسا : روى ابن عمر أن النبي ـ صلى الله عليه

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ـ كتاب النكاح باب الشروط في النكاح ، جـ ٣ ، ص ٣٦٢ . وورد أن (مقاطع الحقوق عند الشروط) أنه من قول عمر بن الخطاب ، علقه البخاري ، فتح الباري ، المطبعة السلفية ، جـ ٩ ، ص ٢١٧ . وروى أن إسناده صحيح التعليق لابن حجر ، طبعة المكتب الإسلامي ، جـ ٤ ، ص ٤١٩ .

(٢) أخرجه البخاري ، فتح الباري ، المطبعة السلفية ، جـ ٥ ، ص ٣٢٦ ، المنتقى على الموطأ ، جـ ٦ ، ص ١٣٣ .

وسلم ـ قال : " من ابتاع نخلاً بعد أن يؤبر فثمرتها للذى باعها إلا أن يشترط المبتاع ، ومن ابتاع عبداً فماله للذى باعه إلا أن يشترط المبتاع " (١) .

وجه الدلالة : جعل رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ موجب بيع النخيل الذى أبراه البائع وموجب بيع العبد الذى له مال بقاء الثمر والمال فى ملك البائع عند الإطلاق وعدم الاشتراط ، وجعل موجب ذلك فى حالة اشتراط انتقال الثمر والمال إلى ملك المشترى .

سادساً : استدلوا مع المالكية على جواز استثناء منفعة المبيع إذا كانت يسيرة بالشرط ، بحديث جابر ـ رضى الله عنه ـ بأنه كان يسير على جمل له قد أعيا ، فمر النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ فضربه فدعا له فسار يسير ليس يسير مثله ، ثم قال بعنيه بوقية ، قلت : لا ، ثم قال : بعنيه بوقية ، فبعته فاستثنيت حملانه إلى أهلى ، فلما قدمنا أتيته بالجمل ونقدنى ثمنه ثم انصرفت ، فأرسل على إثرى قال : ما كنت

---

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه ـ كتاب البيوع باب من باع نخلاً قد أبرن أو أرضاً مزروعة أو بإجارة ٣٧/٢ ح ٢٢٠٤ عن عبد الله بن عمر ـ رضى الله عنهما .
وأخرجه مسلم فى صحيحه ـ كتاب البيوع باب من باع نخلاً عليها تمر ١١٧٣/٣ عن ابن عمر ـ رضى الله عنهما .
نيل الأوطار ، جـ ٥ ، ص ٢٧٣ .

لأخذ جملك فخذ جملك ذلك فهو مالك [1] .

وجه الدلالة :

الحديث وإن كان في الانتفاع اليسير بالمبيع إذا كان مما يركب من الحيوان ، لكن المالكية قاسوا عليه الانتفاع اليسير بكل مبيع بعد بيعه ، على سبيل الاستمرار تيسيرا نظرا لحاجة البائعين . وهنا نجد أن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ أقره على صحة الاشتراط .

سابعاً : استدلوا بحديث جابر ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاونة والثنيا ورخص في العرايا " [2] .

وجه الدلالة : في هذا الحديث الشريف أباح الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ الاستثناء وهو استثناء أحد المتعاقدين منفعة له .

ثالثا : المعقول :

١ـ العقود والشروط من باب الأفعال العادية ، الأصل فيها

---

(١) أخرجه البخاري ، فتح الباري ، جـ ٥ ، ص ٣١٤ ، طبعة المطبعة السلفية ، وأخرجه مسلم ، جـ ٢ ، ص ٢٢١ ، طبعة عيسى الحلبي .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ـ كتاب البيوع باب كراء الأرض ١١٧٩/٢ عن أبي سعيد الخدري قال : نهى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن المزابنة والمحاقلة . والمزابنة اشتراء التمر في رؤوس النخل ، والمحاقلة كراء الأرض.

الإباحة باتفاق الفقهاء ، خاصة عند عدم مخالفة أوامر الشرع ونواهيه .

فالأصل فى العقود والشروط كالأصل فى الأفعال العادية عدم التحريم ، لأنها ليست من العبادات .

وقوله تعالى : " وقد فصل لكم ما حرم عليكم "[1] ، عام فى الأعيان والأفعال ، وإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة ؛ لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم ، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة .

وأيضا فليس فى الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت تحريمه بعينه ، وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم . فثبت بالاستصحاب العقلى وانتفاء الدليل الشرعى عدم التحريم فيكون فعلها إما حلالا وإما عفوا ، كالأعيان التى لم تحرم . وغالب ما يستدل به على أن الأصل فى الأعيان عدم التحريم من النصوص العامة والأقيسة الصحيحة والاستحضار العقلى وانتفاء الحكم لانتفاء دليله . فإنه يستدل به أيضا على عدم تحريم العقود والشروط فيها سواء سمى ذلك حلالا أو عفوا على الاختلاف المعروف بين الفقهاء بين الحلال والعفو .

وليس أدل على تسوية العقود بالأفعال ـ من هذه

---

(١) من سورة الأنعام : الآية (١١٩) .

الناحية ــ من أن المسلمين قد اتفقوا على أن العقود التى عقدها الكفار يحكم بصحتها بعد الإسلام إذا لم تكن محرمة على المسلمين ، وإن كان الكفار لم يعقدوها بإذن شرعى . ولو كانت العقود كالعبادات لا تصح إلا بشرع لحكموا بفسادها أو بفساد ما لم يكن أهله مستمسكون فيه بشرع [(١)] .

٢ــ إن تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة ، أو الحاجة ، أو المصلحة ، فلا يستغنى عنه [(٢)] .

٣ــ أن إباحة الاشتراط فى العقود يتفق مع أصول الشريعة الإسلامية وأهمها رفع الحرج [(٣)] عن الناس والتوسعة عليهم .

فالشروط من الأفعال المقصودة للناس لاحتياجهم إليها ، وذلك لأنها وسيلة إلى جعل أحكام العقود وآثارها محققة لمصلحة العاقدين وافية بغرضها وما يقصدانه من تعاقدهما ولولا حاجتهم إليها لما أقدموا عليها ، إذ أن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه .

---

(١) الفتاوى الكبرى ، جـ ٣ ، ص ٤٨٣ ، القواعد الفقهية ، لابن تيمية ، ص ٣٩٨ ، الملكية ونظرية العقد ، الأستاذ الدكتور / أحمد فراج حسين ، ص ١٨٩ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) الحرج هو الضيق والمشقة . (المصباح المنير ، ص ١٢٧) .

فلو كان الأصل فى الشروط المقترنة بالعقد هو الحظر والتحريم إلا ما قام الدليل على إباحته بعينه ، لأدى ذلك إلى إيقاع الناس فى الحرج والضيق . وقد رفع الله عن عباده المشقة الشديدة التى تؤثر عليهم فى معاشهم ومعادهم تخفيفا ورحمة منه تبارك وتعالى بعباده .

قال تعالى: " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"(١). وقال تعالى : " يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا"(٢). وقال سبحانه : " وما جعل عليكم فى الدين من حرج " (٣) ... وغير ذلك من الآيات الكثيرة التى تدور حول هذا المعنى .

وقد أكد النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ هذا المعنى القرآنى فى أحاديثه الشريفة ، منها قوله صلى الله عليه وسلم ـ لأبى موسى الأشعرى ومعاذ بن جبل لما بعثهما إلى اليمن : "يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا وتطاوعا ولا تختلفا " (٤) .

وما روته السيدة عائشة ـ رضى الله عنها ـ أن النبى صلى الله عليه وسلم : (ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما

---

(١) من سورة البقرة : الآية (١٨) .

(٢) من سورة النساء : الآية (٢٨) .

(٣) من سورة الحج ، الآية (٧٨) .

(٤) صحيح مسلم ، جـ ٣ ، ص ١٣٥٩ ، باب فى الأمر بالتيسير وترك التنفير .

ما لم يكن إثما) [1] .

وما رواه أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : " إن الدين يسر ولن يشاد هذا الدين أحدا إلا غلبه " [2] .

ويقول صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار "[3].

ومن ثم وجب أن يكون الاشتراط في العقود مباحا ولا يحرم منه إلا ما قام الدليل على تحريمه وفساده بعينه رفعا للحرج عن العباد وتيسيرا لها حتى يتلاءم ذلك مع روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها العامة .

فالقول بأن الأصل في الاشتراط في العقود هو الحظر لا يتفق مع مرونة الشريعة الإسلامية وقابليتها للتطبيق في كل عصر ؛ لأن هذا الرأي يؤدي إلى إبطال كثير من العقود ، الناس في حاجة إليها ، ومن الممكن طبقا لمبادئ الشريعة الإسلامية العامة تصحيح هذه العقود مادامت لا تخالف نصا في الشريعة .

---

(١) صحيح البخاري ، جـ ٨ ، ص ١٦ .

(٢) صحيح البخاري ، باب الدين يسر ، جـ ١ ، ص ١٥ .

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه ـ كتاب الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ٧٨٤/٢٥ ح ٢٣٤٠ عن عبادة بن الصامت ـ وإسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع ، وح ٢٣٤١ عن ابن عباس، وفي الزوائد في إسناده جابر الجعفي متهم.

وهذا المسلك يؤدى بدوره إلى لجوء أهل الأزمنة الحديثة إلى غير الشريعة الإسلامية زاعمين كذبا أن الشريعة لا تفى بحاجات الناس .

والحق أن الشريعة تكفى الناس وزيادة حتى يوم الدين ، وقد نصبت أحكاما عامة يهتدى بها ، ووضعت فى نفس الوقت سياجا منيعا يعصم الناس من الزلل ، فلا هى ضيقت على الناس ، ولا هى تركت الأمر فوضى [١] .

رابعا : الاستصحاب مع الدليل النافى :

يتضح مما ذكر أن الراجح عند الإمام ابن تيمية أن الأصل في العقود والشروط الإباحة ، إلا أن هذا لا يعنى أننا نعتبر أى عقد وأى شرط صحيحا دون بحث وترو ، بل يتعين علينا أن نبحث لنعرف هل يوجد نص يحرم مثل هذا العقد أو الشرط من عدمه .

ويسوق الإمام ابن تيمية حجته فى ذلك ، فهو يقول : إنه لعدم تحريم العقود والشروط وصحتها أصلان : الأدلة الشرعية العامة ، والأدلة العقلية التى هى الاستصحاب وانتفاء المحرم .

فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة فى أنواع المسائل وأعيانها إلا بعد الاجتهاد فى خصوص ذلك النوع أو المسألة

---

(١) الاشتراط لمصلحة الغير فى الفقه الإسلامى ، ص ٨٩ .

لمعرفة : هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضـــى التحريـــم ، لأنه إذا كان الدليل هو الاستصحاب ونفـــى الدليـــل الشـــرعى المحرم ، فقد أجمع المسلمون ، وعلم بـــالاضطرار مـــن ديـــن الإسلام أنه لا يجوز لأحـــد أن يعتقـــد ويفتـــى بموجـــب هـــذا الاستصحاب والنفى إلا بعد البحث عن الأدلة الخاصة والتـــأكد من عدم وجود نص خاص يحرم فى المسألة المعروضة .

ويستخلص ابن تيمية من ذلك أنه : مادام الخلاف يعـــود إلى اعتبار عقلى أو إطلاق لفظى ، فإن الأدلة النافيـــة لتحريـــم العقود والشروط المثبتة لحلها مخصوصة بجميع ما حرمـــه الله ورسوله من العقود والشروط [1] .

---

(١) الفتاوى الكبرى ، جـ ٣ ، ص ٤٩١ .

المبحث الثانى

أدلة القائلين بأن الأصل فى الاشتراط الحظر

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الأصل فى العقود والشروط هو الحظر والفساد لا الإباحة والصحة حتى يقوم الدليل على الصحة والجواز .

وأصحاب هذا القول هم :

ـ الحنفية [1] .

ـ والمالكية [2] .

---

(١) عند الحنفية : الشرط المنهى عنه الذى يفسد العقد هو كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحدهما أو لأجنبى ، أو لمبيع هو من أهل الاستحقاق ، ولم يجر العرف به ، ولم يرد الشرع بجوازه .
(رد المحتار ، جـ ٤، ص ١٢٦ ، بدائع الصنائع ، جـ ٥ ، ص ١٦٨ـ ١٧١ ، تبيين الحقائق ، جـ ٤ ، ص ٥٧ ـ ٥٩ ، فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ٢١٤) .

(٢) يرى المالكية أن الشروط فى المعاملات يكتفى فيها بعدم المنافاة لمقصود العقد ، سواء كان العقد يقتضيه أم لا ؛ لأن الأصل فى المعاملات الالتفات إلى المعانى دون التعبد . على العكس من العبادات ، فإن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعانى .
(فتح العلى المالك ، للشيخ عليش ، جـ ١ ، ص ٣٣٢ ، الموافقات ، للشاطبى ، جـ ١ ، ص ١٩٢ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، جـ ، ص ٦٥ ، شرح الخرشى ، جـ ٥ ، ص ٨٠ ، القوانين الفقهية،

ــ والشافعية [1] .

ــ وبعض الحنابلة [2] .

ــ والظاهرية [3] .

-- ص ١٧١ ــ ١٧٢ ، مواهب الجليل ، للحطاب ، جــ ٤ ، ص ٣٧٢) .

(١) الحاصل من كلام الشافعية أن كل شرط منافى لمقتضى العقد بـــاطل إلا فيما ورد به النص ، أى ثبت استثناؤه بالشرع ، وقليلا مما رأوا أنه مـــن مقتضيات العقد أو مصالحه .

(حاشية البيجرمى على شرح منهج الطلاب ، المطبعة الأميريـــة ، ســنة ١٣٠٩ هــ ، جــ ٢ ، ص ١٨٨ ، مختصـــر المزنـــى ، لأبـــو إبراهيـم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزنى ، المتوفـــى ، ســنة ٢٦٤ هـــ ، بهامش كتاب الأم ، المطبعة الأميرية ، سنة ١٣٢١ هــ ، جـــ ٢ ، ص ٢٠٣ ، تحفة المحتاج بشـــرح المنــهاج ، جـــ ٤ ، ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، حاشية عميره على شرح المحلى على المنـــهاج ، جـــ ٢ ، ص ١٧٧ ، المهذب ، جــ ١ ، ص ٢٦٦ ، نهاية المحتاج ، جــ ٣ ، ص ٦٠) .

(٢) كشاف القناع ، جــ ٣، ص ١٨٩ ، ١٩٠، المغنى، جــ ٤ ، ص٢٨٥ .

(٣) عند الظاهرية يرى ابن حزم أن كل شرط لم يذكر فى العقد حين عقـده لا يؤثر على العقد ، فالعقد صحيح والشرط باطل . وأما إذا ذكر الشرط فـــى حال العقد فالعقد باطل مفسوخ والشرط باطل مهما كان الشرط ، إلا ســبعة شروط فقط لازمة والعقد صحيح إن اشترطت فيه ، لأن هذه الشروط قـــد ورد بها النص . وسوف أقوم بالإشارة إلى هذه الشـــروط تحـــت عنـــوان (الشرط الذى جاء به نص) .

(المحلى ، لأبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهرى ، المتوفـــى سنة ١٠٥١ هــ ، مطبعة أنصار السنة المحمدية ، جـــ ٨ ، ص ٤١٢ ، الأحكام فى أصول الأحكام ، لابن حزم ، جــ ٣ ، ص ٥٢٨) .

فلابد لصحة الشرط عندهم من دليل معين يدل على تلك الصحة ، فكل الشروط عندهم باطلة إلا الشروط التى ورد النص بصحتها .

وقد استدلوا على قولهم هذا بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول (القياس) [١] ، أشير إليها فيما يلى :

أولاً : الأدلة من الكتاب :

١ـ قال تعالى: " ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون" [٢].

وقال تعالى : " ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه " [٣] .

وجه الدلالة :

الحق تبارك وتعالى يخبرنا فى هاتين الآيتين بأن من يتعدى حدود الله يعتبر ظالم .

---

(١) القياس : القياس لغة يطلق حقيقة على التقدير ، وهو أن يقصد معرفة قدر أحد الأمرين بالآخر ، تقول قست الثوب بالمتر ، إذا قدرته به ، وقست الأرض بالقصبة إذا قدرتها بها ، وكل من المتر والقصبة مقياس، لأنه أداة القياس أى تقدير الأجزاء .

وفى اصطلاح الأصوليين : هو مساواة المسكوت عنه للمنصوص عليه فى العلة ، أو هو مساواة المسكوت للمنصوص فى الحكم لتساويهما فى العلة .

(أصول الفقه الإسلامى ، الأستاذ الدكتور / محمد مصطفى شلبى ، طبعة ١٤١١ هـ ـ ١٩٩١ م ، مكتبة النصر ، ص ٢٠٢) .

(٢) من سورة البقرة : الآية (٢٢٩) .

(٣) من سورة الطلاق : الآية (١) .

ومن ثم فإن فى اشتراط الشروط التى لم يرد فيها دليل معين تعديا لحدود الله ومخالفة لشرعه ، ومن ثم فهذه الشروط لا تلزم من التزمها ولا يجب عليه الوفاء بها [1] .

ثانيا : السنة النبوية :

استدل أصحاب هذا القول بأدلة كثيرة من السنة منها :

١ـ روى عن السيدة عائشة ـ رضى الله عنها ـ قالت: (دخلت بريرة [2] ـ وهى مكاتبة ـ فقالت اشترينى واعتقينى ، قالت : نعم ، قالت : لا يبيعونى حتى يشترطوا ولائى، فقالت عائشة : لا حاجة لى بذلك فسمع بذلك النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ أو بلغه، فذكر لعائشة ، فذكرت عائشة ما قالت لها ، فقال : اشتريها واعتقيها ودعيهم يشترطون ما شاؤا ، فاشترتها عائشة فأعتقتها واشترط أهلها الولاء ، فقال

(١) مفاتيح الغيب ، المجلد الأول ، ص ١٠٣٨ وما بعدها .

(٢) بريرة هى صحابية ، وهى مولاة السيدة عائشة بنت أبى بكر الصديق ـ رضى الله عنهما ـ كانت أمة لبعض بنى هلال ، فكاتبوها ، ثم باعوها من عائشة ـ رضى الله عنها ـ فأعتقتها ، وكانت تخدم عائشة قبل أن تشتريها .

وجاء الحديث فى شأنها بأن (الولاء لمن أعتق) ، وقد جمع بعض الأئمة فوائد هذا الحديث ، وعتقت تحت زوج ، وكان اسم زوجها مغيثا، وقد اختلف فى زوجها ، هل كان عبدا أو حرا ، والصحيح أنه كان عبد.

(الإصابة، جـ ٤ ، ص ٢٥١، أسد الغابة، جـ ٦، ص ٣٩ ، الاستيعاب، جـ ٤ ، ص ١٧٩٥) .

النبى ــ صلى الله عليه وسلم : " الولاء لمن أعتق وإن اشترطوا مائة شرط " [1].

وجه الدلالة من هذا الحديث : فسر ابن حزم هذا الحديث بأن اشتراط البائع الولاء لنفسه كان مباحا غير منهى عنه ، لأن النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال لعائشة : (ودعيهم يشترطون ما شاؤا) ، وأنه صلى الله عليه وسلم ما كان ليقول هذا القول إلا وهذا الشرط مباح ، لأنه لا يبيح الباطل ولا يغر أحد ولا يخدعه .

ثم يقول ابن حزم : إن هذا الحكم قد نسخه الله سبحانه وتعالى وأبطله بدليل خطبة النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ فى الناس بأن هذا الشرط باطل ، حيث قال : " ما كان من

---

(1) وفى رواية أخرى للبخارى : (فقال رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم : "خذيها واشترطى لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق " ، ففعلت عائشة ، ثم قام رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ فى الناس فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال : " ما بال رجال يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق ") . أخرجه الإمام البخارى فى صحيحه ــ كتاب العتق وفضله باب إثم من قذف مملوكه ١٩٨/٣ــ١٩٩، ط الشعب ، وكتاب الشروط باب الشروط فى البيع ، جـ ٢ ، ص ١٨٣ حديث ٢٧١٧ .

وأخرجه مسلم فى صحيحه ــ كتاب العتق باب إثمار الولاء لمن أعتق ، جـ ٢ ، ص ١١٤١ عن عائشة ــ رضى الله تعالى عنها .

شرط ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل " .

وهذا القول منه صلى الله عليه وسلم برهان واضح وقاطع فى أن الشروط كلها باطلة إلا ما كان فى كتاب الله او ورد فى السنة الصحيحة .

ويستدل الإمام الشافعي بهذا الحديث أيضا على أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قد أبطل كل شرط ليس فى كتاب الله .

وأكد الشافعى نفس المعنى بأنه لو شرط بائع العبد عتقه مع الولاء له لم يصح العقد فى الرأى الراجح ، لمخالفة هذا الشرط لما استقر عليه الشرع من أن الولاء لمن أعتق .

وأجاب الشافعى عن خبر (واشترطى لهم الولاء) بأن لهم بمعنى عليهم ، كما فى قوله تعالى : " وإن أسأتم فلها "[1] ، أى أن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ إنما قصد بهذه العبارة أن تشترط عائشة عليهم الولاء لنفسها .

٢ـ أنه صلى الله عليه وسلم : (نهى عن بيع وشرط) (وعن بيع وشرطين) [2] .

---

(١) من سورة الإسراء : الآية (٧) .

(٢) أخرجه الترمذى فى سننه ـ كتاب البيوع باب كراهية بيع ما ليس عندك ٣/٥٢٦ـ٥٢٧ ح ١٢٣٤ عن عبد الله بن عمرو بلفظ فرفاعا أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم قال : " لا يحل سلف وبيع ولا شرطان وبيع ... الخ " ، وقال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح .

وجه الدلالة : استدل بهذا الحديث الشافعية وبينوا المقصود بالشروط التى ليست فى كتاب الله . واستدل به أيضاً المالكية ولكنهم وفقوا بينه وبين حديث جابر .

فقد جاء النهى عن بيع وشرط بصيغة من صيغ العموم، لأن كلمة (بيع) وكلمة (شرط) نكرتان وقعتا فى سياق النهى ، وهو فى معنى النفى ، فيكون كل بيع اشتمل على أى شرط منهياً عنه والمنهى عنه فاسد [1] . فثبت أن الأصل هو حظر اقتران العقود بالشروط ، وأنه لا يصح شئ منها إلا إذا دل على صحته وجوازه دليل من الأدلة المعتبرة شرعاً ، فحينئذ

-- وأخرجه أبو داود فى سننه ـ كتاب البيوع باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده ٣/٢٨١ ح ٣٥٠٤ عن عبد الله بن عمرو ـ رضى الله عنهما ـ بنفس رواية الترمذى .

التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير للحافظ بن حجر ، مطبوع مع كتاب المجموع للنووى ، جـ ٨ ، ص ١٩٥ . ونقل الزيلعى عن ابن القطان أنه ضعفه نصب الراية ، طبعة المجلس العلمى ، جـ ٤، ص ١٨ ، بدائع الصنائع ، جـ ٥ ، ص ١٧٥ ، شرح المحلى على المنهاج ، جـ ٢ ، ص ١٧٧ ، سبل السلام ، جـ ٣ ، ص ٢٣ ، نيل الأوطار ، جـ ٥ ، ص ١٥١ .

(١) وعلة فساد هذا الشرط المقترن بالبيع هو ما يؤدى إليه الشرط من الربا ولذلك عدوا الحكم بالفساد إلى كل معاوضة مالية اشترط فيها شرط يتضمن منفعة لأحد المتعاقدين . (بدائع الصنائع ، جـ ٥، ص ١٦٩ ، تبيين الحقائق ، جـ ٤ ، ص٥٧).

يكون الشرط الذى دل عليه الدليل مخصوصاً من هذا العموم.

٣ــ روى عن السيدة عائشة ــ رضى الله عنها ــ أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال : " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد " [(١)] .

وجه الدلالة من الحديث : في هذا الحديث الشريف دلالة على بطلان كل عمل ليس على طريقة الشارع ، وبالتالى فإن كل شرط لم يدل على جوازه دليل معين ليس على طريقة الشارع ، فإنه يكون رداً لأنه باطل .

ثالثاً : الاستدلال بالمعقول :

أ ــ يقول ابن حزم : إن كل شرط لم يرد عن الشارع ما يدل على جوازه والإذن فيه لا يخلو من أحد أمور :

- إباحة ما لم يجب في العقد أى إيجاب ما لم يوجبه الله .
- وإما إيجاب عمل ، أى قد يلتزم أحد المتعاقدين إباحة ما حرّم الله تعالى .
- وإما منع من عمل ، أى قد يلتزم أحد المتعاقدين تحريم ما

---

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه ــ كتاب البيوع باب النجش جـ ٢ ، ص٢٦ .

وأخرجه مسلم فى صحيحه ــ كتاب الأقضية باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، جـ ٣، ص ١٣٤٤ عن عائشة ــ رضى الله عنها.

ورواه ابن حزم عن سعد بن إبراهيم عن القاسم بن محمد، سنن أبى داود، جـ ٣ ، ص ٣٠٤ .

أحله الله تعالى ، أو التزم إسقاط ما أوجبه الله .

والعمل يكون بالبشرة [1] وبالمال فقط وكل ذلك حرام بالنص .

قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم : " إن دماءكم وأموالكم وأبشاركم عليكم حرام " .

وأما المنع من العمل فإن الله تعالى يقول : " يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك " [2] . فصح بطلان كل شرط جملة إلا شرطاً جاء النص من القرآن أو السنة بإباحته [3] .

ب ـ العقود والتصرفات لها مقتضيات وأحكام تترتب عليها بوضع الشارع وجعله . فإرادة تغيير هذه المقتضيات باشتراط ما يخالفها ، تغيير لما أوجبه الشارع وهو لا يجوز .

---

(١) أى : (البدن) .

(٢) من سورة التحريم : الآية (١) .

(٣) فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ٢١٤ .

المبحث الثالث

مناقشة أدلة الفريق الأول

أولاً : مناقشة استدلالهم بالكتاب :

ـ مناقشة استدلالهم بقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " (١) .

لا يجوز الاحتجاج بهذه الآية الكريمة هنا ، وذلك لأن أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود ليس على عمومه ، ولا على ظاهره ؛ فالقرآن قد أمر باجتناب نواهى الله تعالى ومعاصيه ، فمن عقد على معصية فحرام عليه الوفاء بها .

ومادام لاشك فى هذا ، فإن كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل ، والباطل محرم ، وكل محرم لا يحل الوفاء به.

ويمكن رد هذه المناقشة بما يلى :

- القول بأن قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"، ليست على عمومها ، وإنما هى مخصصة .

هذا حق لأن هذه الآية الكريمة مخصصة بالعقود والشروط التى نهى الله تعالى عنها فقط ، وفيما عدا ذلك فإن العام يبقى على عمومه ، وهو وجوب الوفاء بجميع العقود

---

(١) من سورة المائدة : الآية (١) .

والشروط أيا كان نوعها ، مادام لم يرد نص خاص بشأن العقد المبرم أو الشرط المشروط .

يؤكد هذا المعنى : (أن تخصيص الآية الكريمة يقتصر على ما نص عليه فقط) ، وهو المقصود بقوله صلى الله عليه وسلم : " إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما " ، أى إلا شرطا خالف نصا محللا أو نصا محرما .

- الغريب أن ابن حزم ينادى بتخصيص آية الوفاء بالعقود ، ثم يزعم أن إيجاب العمل بالبشرة (أى بالبدن) أو بالمال حرام ما لم يرد به نص ، ويستند فى هذا إلى قوله صلى الله عليه وسلم : " إن دماءكم وأموالكم وأبشاركم عليكم حرام".

فلماذا لا يخصص هذا الحديث بدوره وقد خصص الله تعالى تحريم هذه الأشياء بتراضى الناس فى التجارات .

قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " [١] .

وخصص تعالى تحريم الدماء بقوله تعالى : " ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق " [٢] . وقال تعالى : " ... من قتل نفساً بغير نفس أو فساد فى الأرض .. " [٣] .

---

(١) من سورة النساء : الآية (٢٩) .

(٢) من سورة الأنعام : الآية (١٥١) .

(٣) من سورة المائدة : الآية (٣٢) .

وخير الأموال فى الشريعة الإسلامية هو المـــال الـــذى حصل عليه الإنسان من عمله ، فكيف يكـــون الاتفـــاق علـــى إيجاب عمل الأصل فيه التحريم كما يزعم ابن حزم .

وكيف يستساغ أن يُقال إن قوله تعالى : "لم تحرم مـــا أحلّ الله لك " (١) ، يفيد تحريم الاتفاق فى العقد على الامتنـــاع عن عمل معين رغم أن هذا الامتناع قد يكـــون فيـــه مصلحـــة للمتعاقدين معاً .

ولقد جاءت الشريعة مدحضة لهذا الفهم غير الصحيـــح . والدليل على هذا أن الرسول ـــ صلى الله عليه وســـلم ـــ قـــد أبرم عقوداً التزم فيها بالامتناع عن أعمال معينة ليســـت فقـــط مباحة وإنما الأصل فيها أنها واجبة ، ورغم ذلك اتفـــق علـــى الامتناع عنها فى حالات خاصة معينة وبموجب العقد .

ومثال هذا ما حدث فى عقد الحديبية ، فقد التزم صلـــى الله عليه وسلم بموجب العقد بالامتناع عـــن قبـــول المشـــركين الذين يأتونه مسلمين فى فترة الهدنة (٢) . فكيف يُستساغ بعـــد ذلك أن يُقال إن الأصل فى إيجاب المنع من العمـــل بموجـــب العقد إنما هو التحريم . وابن حزم هنا إذا كان يرفـــض المنـــع من العمل المباح أصلاً فهو أشد رفضاً للعقد الذى يرجب المنـــع منـــه.

---

(١) من سورة التحريم : الآية (١) .

(٢) أخرجه الإمام البخارى فى صحيحه ـــ كتاب الشروط باب الشروط فـــى الجهاد والمصالحة مع أهل الحـــرب وكتابـــة الشـــروط ، جـــ ٢ ، ص ١٨٧ـــ١٩٢ ح ٢٧٣١ـــ٢٧٣٢ عن المصور بن مخرمه ومروان .

ـ مناقشة استدلالهم بقوله تعالى: "وأوفوا بعــهد الله إذا عاهدتم " [١] .

أن أحدا لا يعلم ــ ما هو عهد الله إلا بنص وارد فيــه ، وأن كل عهد نهى الله عنه فليس هو عهد الله ، بل هـــو عـــهد الشيطان فلا يحل الوفاء به ، ولا يمكــن معرفــة عــهد الله إلا بنص ، وبالتالى فكل ما لم ينص عليه فهو باطل لا يحل الوفــاء بـــه .

ويمكن رد هذه المناقشة : بأن الزعم خطأ ؛ لأن عـــهد الله تعالى لا يقتصر على العهود التى يأخذها الله تعـــالى علـــى الناس بالنص وإنما يشمل أيضا ما عقده المرء على نفسه بدليـــل قوله تعالى : " ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لا يولون الأدبـــار وكان عهد الله مسئولا " [٢] ، فدخل فى هذه الآية فى عـــهد الله ما عقدوه على أنفسهم من عدم التولى .

ثانيا : مناقشة أدلة أصحاب القول الأول بالسنة النبوية :

١ــ ويناقش استدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم : " إن أحـــق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج " .

بأنه اتباعا للسنة إنما يوفى من الشروط ما يتبيـــن أنـــه جائز ، ولم تدل السنة على أنه غير جائز .

---

(١) من سورة النحل : الآية (١) .

(٢) من سورة الأحزاب : الآية (١٥) .

هذا الحديث عام يخصص بقوله صلى الله عليه وسلم : "المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا". وبالتالي فلا يصح إلا الشروط التي لا تحل حراما ولا تحرم حلالا .

٢ـ يمكن مناقشة استدلالهم بالحديث الشريف : " المسلمون عند شروطهم " :

أ ـ من حيث السند : هذا الحديث ضعيف لا يقوى على الاستدلال به ، فمن رواة هذا الحديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن يزيد ، وأنه هالك وكل الطرق التي روى منها مردوده [١] .

ويمكن رد هذه المناقشة : بأن هذا الحديث الشريف روى من عدة طرق يشد بعضها بعضا [٢] . فقد روى هذا الحديث أبو داود والترمذى والحاكم بسند صحيح . وأما كثير بن عبد الله بن عمرو بن يزيد ، فقد قال عنه يحيى بن معين فى رواية أنه فقيه وضعفه في رواية أخرى [٣] .

ثانيا : لو فرض جدلا صحة سند هذا الحديث فليس فيه ما يستند إليه أصحاب الرأى القائل بجواز الاشتراط فى العقود؛ لأن شروط المسلمين هى الشروط التى أباحها الله لهم

---

(١) المحلى ، جـ ٨ ، ص ٤١٢ .

(٢) الفتاوى الكبرى ، جـ ٣ ، ص ٤٨١ .

(٣) المرجع السابق ، جـ ٣ ، ص ٤٨١ .

لا التى نهاهم عنها ، وأن الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ نص على أن كل شرط ليس فى كتاب الله ليس من شروط المسلمين .

٣ــ يناقش استدلالهم بقول الرسول ــ صلى الله عليه وسلم :

"من ابتاع نخلاً بعد أن يؤبّر فثمرتها للذى باعها إلا أن يشترط المبتاع ... الحديث " .

واستدلالهم بجواز استثناء منفعة المبيع بالشرط بحديث جابر ــ رضى الله عنه .

بأن ركوب جابر كان تطوعاً ، وأن هذا قد ورد فى رواية ، وأنه إذا كان هذا شرطاً فإن الحقيقة أن هذا البيع لم يتم أبداً وإنما الذى يظهر من الخبر أنه عليه السلام قد أخذ الجمل وابتاعه ثم تخير قبل التفرقة واختار تركه فصح إذن أن البيع لم يتم ، وأن جابراً قد اشترط ركوب جمل نفسه، ومن ثم فقد بطل أن يكون هذا الخبر حجة فى جواز بيع الدابة واستثناء ركوبها أصلاً (١) .

ويؤكد الشافعية هذه المناقشة فيقولون : إن قضية جمل جابر تطرق إليها الاحتمالات ، والصحيح عندهم أن النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ أراد أن يعطى جابراً الثمن ولم يُرد حقيقة البيع .

---

(١) المحلى ، جـ ٨ ، ص ٤١٢ ــ ٤١٦ .

وقالوا أيضاً : أنه من المحتمل أن الشرط لم يكن في نفس العقد فلا يضر ، لأن الشرط عندهم يضر إذا كان في نفس العقد وأنه لعل الشرط كان سابقاً على العقد فلم يؤثر ثم تبرع صلى الله عليه وسلم بإركابه (١) .

ويمكن رد هذه المناقشة : بأن هذا زعم لم يسم عليه دليل، لأن مجلس العقد كان قد تم أثناء السفر وقبل الوصول إلى المدينة ، فقد اتفق معه النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ على أخذه بأوقية ، وقال له : " وقد أخذته بأوقية أركبه فإذا قدمت المدينة فأتنا به " . تحقيقاً لاشتراط جابر ظهره إلى المدينة ، فلما أتاه أخذ منه الجمل ونقده ثمنه وانصرف جابر بحيث لا يستطيع النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ أن ينادي عليه بدليل ما جاء برواية البخاري " ثم انصرفت فأرسل على أثرى " . أي أنه حتى لو سلمنا جدلاً بأن مجلس العقد امتد إلى المدينة ــ وهذا غير صحيح ــ فإن المجلس كان قد انفض بانصراف جابر إلى حيث لا يسمع صوت النبي ــ صلى الله عليه وسلم .

فالبيع إذن قد تم فعلاً ثم بعد ذلك وهب النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ الجمل لجابر .

---

(١) شرح صحيح مسلم للنووى ، مطبعة محمود توفيق ، جـ ١١ ، ص٣٠، المهذب للشيرازى ، إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى ، طبعة عيسى البابى الحلبى ، جـ ١ ، ص ٢٦٥ .

ومما يؤكد هذا أن النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ نقد جابر الثمن المتفق عليه ، فكيف يستساغ بعد هذا أن يقال إن البيع لم يتم .

كما أنه صلى الله عليه وسلم لم يسترجع الثمن من جابر وإنما وهبه الجمل بعد أن تم البيع .

وأما زعم ابن حزم أن ركوب جابر على الجمل بعد البيع كان تطوعا من النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ فيبطله نص الحديث الذى رواه البخارى ، إذ جاء به " فبعته بأوقية واستثنيت حملانه إلى أهلى " ، واستثناء الحملان من البيع لا يكون أبدا تطوعا ، وإنما هو شرط يتضمن استثناء منفعة المبيع فترة معينة من الزمن .

المبحث الرابع

مناقشة أدلة الفريق الثانى

أولاً : مناقشة استدلالهم بالكتاب :

الآيتان الكريمتان اللتان استدلا بهما ليس فيهما ما يدل على مدعاهم ، لأنهما واردتان فى غير محل النزاع ، إذ هما واردتان فى شأن ما يخالف ما شرعه الله جل شأنه بفعل ما نهى عنه وترك ما أمر به . فإن التعدى معناه مخالفة للشرع ، وسياق الآيتين يدل على هذا .

فالآية الأولى : مسبوقة بذكر أحكام شرعية حددها الله تعالى ورسمها لعباده من المؤمنين بالله تعالى : الإيلاء والطلاق بمال وبغير مال .

ثم قال " تلك حدود الله " أى قوانينه وأحكامه فلا تعتدوها أى تتجاوزوها بفعل ما يخالفها [1] .

وأما الآية الثانية : فقد سبقت بأحكام شرعية شرعها

---

(١) جاء فى تفسير القرطبى : (لما بيّن تعالى أحكام النكاح والفراق قال : "تلك حدود الله " التى أمرت بامتثالها ، كما بيّن تحريمات الصوم فى آية أخرى فقال : " تلك حدود الله فلا تقربوها " ، فقسم الحدود قسمين : منها حدود الأمر بالامتثال ، وحدود النهى بالاجتناب ، ثم أخبر تعالى فقال : "ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ") . (تفسير القرطبى ، المجلد الأول ، ص ١٠٣٨ ، طبعة دار الغد العربى) .

الله لعباده وألزمهم فيها من تطليق النساء فى عدتهن أو لاستقبال عدتهن [1]، حسب اختلاف الفقهاء فى عدة المطلقات: أهى بالإطهار أم بالحيض . ومن نهى المطلقين عن إخراج مطلقاتهم من مكان السكن وقت الطلاق .

فالآيتان وردتا لبيان حكم المعتدى على حدود الله وأحكام الشريعة ، ومجال الحديث هنا هو الشروط المقترنة بالعقد .

ثانيا : مناقشة أدلة الفريق الثانى من السنة :

١ـ إن تفسير ابن حزم لحديث بريرة جاء هنا شاذا ومناقضا لنص الحديث نفسه ، حيث جاء فى رواية البخارى قول رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم " خذيها واشترطى الولاء لهم فإنما الولاء لمن أعتق " . أى أن هذا الشرط غير معتبر البتة .

فكيف يتأتى بعد هذا النص الصريح الصحيح القول بأن اشتراط الولاء للبائع كان مباحا حينما قال الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ لعائشة اشترطى الولاء لهم ، ثم نسخه الله تعالى بعد . فهذا لاشك مناقض تماما لنص الحديث ذاته.

وأما قول ابن حزم أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ لا يبيح الباطل ولا يغر أحدا ولا يخدعه ، فهذا قول حق .

---

(١) فتح القدير ، جـ ٣ ، ص ٢٧١ .

لأن قول النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ لعائشة اشترطى لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق ليس له إلا معنى واحداً . وهو أن اشتراط الولاء للبائع شرط باطل ولا يؤثر على العقد فهو لغو ، فيكون اشتراطه كعدم اشتراطه . ولهذا قال لها خذيها واشترطى لهم الولاء ، فإنما الولاء لمن اعتق ؛ لأنه ليس فى حكم الله أن الولاء لغير المعتق أبداً ، ولذلك أبطل صلى الله عليه وسلم هذا الشرط لمخالفته لشرع الله .

وهذا الفهم هو الوارد عن ابن أبى ليلى فى قصة عبد الوارث بن سعيد التنوى الذى سأل أبا حنيفة وابن أبى ليلى وابن شبرمه بمكة فيمن باع بيعاً وشرطاً ، فقال أبو حنيفة البيع باطل والشرط باطل . واستند أبو حنيفة إلى ما حدثه به عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ نهى عن بيع وشرط .

واستند ابن أبى ليلى إلى حديث بريرة فى أن البيع صحيح والشرط باطل ، وهذا هو الذى يُفهم من كلام النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ بالنسبة للشروط المخالفة للكتاب والسنّة[1] .

وقال ابن شبرمه البيع صحيح والشرط صحيح ، واستند

---

(١) وهذا الفهم نقله ابن حزم نفسه عن ابن أبى ليلى. (المحلى، جـ ٨ ، ص ٤١٢ وما بعدها) .

إلى حديث جابر .

وأما دعوى ابن حزم بأن اشتراط الولاء للبائع كان جائزاً ثم نسخ بقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ فى خطبته فى الناس : " ما كان من شرط ليس فى كتاب الله عزّ وجلّ فهو باطل " .

فهذا أيضاً مردود من عدة نقاط :

أ ـ أن ابن أبى ليلى وإن كان لم يفهم من حديث بريرة أى نسخ ، ولكن يبدو من سياق الحديث أنه يرى أن كل شرط مسكوت عنه لم ينص عليه فهو باطل، وإن كان لا يبطل العقد، وذلك لأن السائل سأله عن الشرط فى البيع بصفة مطلقة .

ب ـ أن الشافعى ـ رضى الله عنه ـ رفض دعوى الفسخ هذه وذلك واضح من تفسيره لقوله صلى الله عليه وسلم لبريرة: " واشترطى لهم الولاء " . فقال بأن لهم بمعنى عليهم، أى اشترطى عليهم الولاء لعائشة المعتقة وليس للبائعين . وقال إن هذا كما فى قوله تعالى : " وإن أسأتم فلها " . وهذا التفسير ينفى ما زعمه ابن حزم من أن الولاء للبائع كان مباحاً ثم نُسخ.

وأما قول ابن حزم بأن قول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم " ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل " يُقصد به حظر الشروط إلا ما نص عليه فى الكتاب والسنة " ،

مردود أيضا ؛ لأنه يبتعد عن مقصد الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ فى بيانه للشرط الذى ليس فى كتاب الله ؛ لأن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ حينما قال هذه المقالة إنما قالها بمناسبة شرط مخالف لكتاب الله وليس شرطا مسكوتا عنه.

ولقد بين الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ فى كلامه مقصده من الشرط الذى ليس فى كتاب الله ؛ لأنه قال : " ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله " ، فظهر من هذا أن الشرط الذى ليس فى كتاب الله ليس هو الشرط المسكوت عنه من الكتاب ، وإنما هو الشرط الذى نهى عنه الشرع ؛ لأن الشرط الذى كان يتكلم عنه هو اشتراط الولاء للبائع وهذا شرط محرم . وسماه الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ شرطا ليس فى كتاب الله ، وهو الشرط الذى خالف حكم الله وشرعه ، بدليل قوله ـ صلى الله عليه وسلم : "قضاء الله أحق وشرط الله أوثق " . فإنه لا يقال أحق وأوثق إلا إذا شرط الله تعالى شرطا وشرط أحد المتعاقدين خلافه ، فحينئذ يكون شرط الله أحق وأوثق من شرط غيره .

* **يقول ابن قدامه :** إن تفسير الشافعى وابن حزم خاطئ من وجهين :

الوجه الأول : أن الولاء أصلا لها بإعتاقها فلا حاجة إلى اشتراطه .

والثانى : أنهم أبو البيع إلا أن تشترط الولاء لهم فكيف يأمرها بما يعلم أنه لا يقبلونه منها .

وأما أمره بذلك فليس هو أمرا على الحقيقة وإنما فى نظر ابن قدامه هو صيغة الأمر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه . كقوله تعالى : " استغفر لهم أو لا تستغفر لهم " . وقوله تعالى : " اصبروا أو لا تصبروا " .

وأن التقدير هنا : واشترطى لهم الولاء أو لا تشترطى ولهذا قال عقيبه " فإنما الولاء لمن أعتق " [1] .

٢ـ يمكن مناقشة الحديث الذى رواه أبو حنيفة وهو أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ (نهى عن بيع وشرط) .

أ ـ **من حيث السند** : هذا الحديث لم يرد فى كتاب من كتب السنة المعتمدة . وقد أنكره الإمام أحمد وغيره وقالوا أنه لا يعرف ، وأن الأحاديث الثابتة تعاوضه ، وعلى هذا فلا يصلح للاحتجاج به .

ب ـ **وأما من حيث المتن** : فإن هذا الحديث على فرض صحته فليس فيه ما يدل على المطلوب ؛ لأن المراد منه النهى عن الشرط الذى يخالف ما جاءت به الشريعة الإسلامية جمعا بينه وبين الأدلة الأخرى الدالة على أن الأصل فى الشروط المقترنة بالعقود هو الإباحة إلا ما قام

---

(١) المغنى ، جـ ٤ ، ص ٢٠٥ .

الدليل على تحريمه . ومن حيث المتن : هذا الحديث خصصه المالكية بحديث جابر ، فأباحوا بصفة عامة للمتعاقد أن يشترط لنفسه منفعة يسيرة .

ثالثا : مناقشة استدلال أصحاب القول الثانى بالمعقول :

أ ـ يقول ابن قيم الجوزية :

إن أصحاب الحظر قالوا إن كل شرط وعقد ليس فى النصوص إيجابه ولا الإذن فيه فإنه لا يخلو من أحد وجوه أربعة :

(إما أن يكون صاحبه قد التزم فيه إباحة ما حرمه الله ورسوله ، أو تحريم ما أباحه ، أو إسقاط ما أوجبه ، أو إيجاب ما أسقطه ، ولا خامس لهذه الأقسام البتة) .

وقد فات هؤلاء أن هناك قسما خامسا وهو ما أباحه الله سبحانه للمكلف من تنويع أحكامه بالأسباب التى ملكه إياها ، فيباشر من الأسباب ما يحل له بعد أن كان حراما عليه ، ويحرمه بعد أن كان حلالا له ، أو يوجبه بعد أن لم يكن واجبا، أو يسقطه بعد وجوبه ، وليس فى ذلك تغيير لأحكامه، بل كل ذلك من أحكامه سبحانه ، فهو الذى أحل وحرم ، وأوجب وأسقط ، وإنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا .

فكما أن شراء الأمة ونكاح المرأة يحل له ما كان حراما

عليه قبله وطلاقها وبيعها ، بالعكس يحرمها عليه ويسقط عنه ما كان واجبا عليه من حقوقها . كذلك التزامه بالعقد والعهد والنذر والشرط .

فهؤلاء ألغوا من شروط المتعاقدين ما لم يلغه الله ورسوله ، وقابلهم آخرون من القياسيين فاعتبروا من شروط الواقفين ما لغاه الله ورسوله وكلا القولين خطأ . بل الصواب إلغاء كل شرط يخالف حكم الله واعتبار كل شرط لم يحرمه الله ولم يمنع منه [1] .

وأما استدلاله بقوله تعالى لرسوله : "لم تحرم ما أحل الله لك " ، فإن هذا سببه أنه قد حلف على تحريم شئ حلال له. وبين الله أنه لم يكن هناك داع لهذا اليمين ، ولا مصلحة شرعية منه لأحد .

وهذا بعكس اتفاق المتعاقدين فى عقد معاوضة على امتناع أحدهما عن عمل معين فى فترة محددة تحقيقا لمصلحة مالية أو غير مالية لأحدهما أو لهما معا ، وهذا مباح للمكلف فعله وتركه .

كالرهن والهبة والكفالة ونحو ذلك من كل أمر للمكلف مطلق الحرية فى فعله وتركه ، فهذا هو النوع الذى يملك أحد العاقدين أن يشترط على نفسه فعله أو تركه ، وليس فى ذلك

---

(١) اعلام الموقعين ، جـ ٢ ، ص ٢٦ .

أى مانع من الموانع التى عددها الظاهرية . بل كل ما فيه أنـــه التزم بأمر وكل الشارع فعله وعدم فعله لاختيار المكلف علـــى حسب ما يرى من المصلحة .

ب ــ ويمكن مناقشة دليلهم الثانى من المعقول :

سلمنا لكم أن مقتضيات العقود وأحكامها ، إنمـــا تثبـت بترتيب الشارع وجعله . ولكن لا نسلم لكم قولكم أن مقتضـــى هذا ألا يملك العاقد تغيير حكم من الأحكام أو أثر مـــن آثارهـــا إلا بدليل معين يبيـــح هـــذا التغيـــير . لأن هـــذه المقتضيـــات والأحكام لم يثبتها الشارع ابتداء كما أثبت إيجـــاب الواجبـــات وتحريم المحرمات المبتدأة . وإنما أثبتها بناء على ثبوت سـببها من المكلفين من بيع وإجارة ونكاح ورهن وغـــير ذلـــك . وأن الشارع الحكيم الذى وضع الشريعة لتكون عامـــة للنـــاس فـــى جميع الأزمنة قد أعطى العاقد حرية كبيرة فـــى إنشـــاء تلـــك الأسباب وترتيب ما يشاء عليها من الأحكام والآثـــار ، وذلـــك بأمره بالوفاء بالعقود والعهود على وجـــه العمـــوم ، ويجعـــل الرضا أساسا لأكثر أنواع المعاملات بسببه يكون نقل الحقـــوق وإسقاطها .

فنتيجة العقد وما يترتب عليه شرعا تابع لمـــا يـــتراضى عليه المتعاقدان ويلزمان به أنفسهما ما لم يكن فى شئ من ذلـــك مخالفة لحكم الله ومناقضة لشرعه ودينه . فإذا وقع الـــتراضى من العاقدين على إنشاء عقد مطلق

مقتضى هذا العقد وموجبه ما يوجبه الشرع ويرتبه علـــى هـــذا العقد . أما إذا تراضيا على عقد مقيد بشرط فإن مقتضى هـــذا العقد هو ما يتلائم وذلك الشرط وكـــل ذلـــك بحكـــم الشـــارع وجعله.

المبحث الخامس

الترجيح

أرى أن سبب اختلاف الفقهاء فى هـــذه المسـ هــو تعارض الأحاديث الواردة فى موضوع الشروط فى العقـــود ، وهل هى مباحة أم محظورة وأهمها أربعة أحاديث :

ــ أحدهما : حديث جابر قال : ابتاع منى رسول الله ــ صلـــى الله عليه وسلم ــ بعيرا وشرط ظهره إلى المدينــــة ، وهـــو حديث صحيح .

ــ والثانى : حديث بريرة وهو أن الرسول ــ صلى الله عليــــه وسلم ــ قال : " كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولـــو كان مائة شرط " ، والحديث متفق على صحته .

ــ والثالث : حديث جابر قال : نهى رســـول الله ــ صلـــى الله عليه وسلم ــ عن [المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاونـــة والثنيا ورخص فى العرايا] ، وهو حديث صحيح .

ــ والرابع : الحديث الذى رواه الإمام أبو حنيفة من أن رســـول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ نهى عن بيع وشرط

وفى رأيى أن من قال مـــن الفقـــهاء أن الأصـــل فـــى الشروط الحظر ، قد توهموا أن الشرط بصفـــة عامـــة يحـــل الحرام ويحرم الحلال . وهذا فى الواقع غـــير صحيـــح لأنـــه ينبغى التنبيه إلى التحليل الدقيق للإمام ابن تيمية والـــذى يؤكـــد

وجوب التفرقة بين المحرم أو الحلال بصفة مطلقة وبين المحرم أو الحلال فى حال مخصوصة . كالمرأة الأجنبية فهى حرام على من يريد الزواج بها حتى يعقد عليها بعقد صحيح[1]. ولا يعتبر العقد تحليلا لما حرمه الله وكذلك الشروط الصحيحة . فإباحة الاشتراط فى العقود لا تتعارض البتة مع ما حرمه الله ، فالمشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ، ولا أن يحرم بإطلاق ما أباحه الله وإلا فإن عقده وشرطه حينئذ يكون باطلا لمخالفته لحكم الله . فإذا اشترط المشترى صفة فى المبيع أو رهنا أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها فإنه يجب ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك .

وهذا المعنى هو الذى أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشروط ، إذ قال أن هذه الشروط إما أن تبيح حراما أو تحل حلالا أو توجب ساقطا أو تسقط واجبا ، وذلك لا يجوز إلا بإذن الشرع .

وقد وردت شبهات عند بعض الناس حتى توهموا أن حديث (المسلمون على شروطهم) متناقض وليس كذلك ، بل ما كان حراما مؤبدا بدون الشرط ، فالشرط لا يبيحه كالزنا والوطء فى ملك الغير .

وأما ما كان مباحا بدون الشرط فالشرط يوجبه كالزيادة

---

(١) الفتاوى الكبرى ، جـ ٣ ، ص ٤٨٣ .

فى المهر والثمن والمثمن والرهن وتـأخير الاستيفاء ، فـإن الرجل له أن يعطى المرأة وله أن يتبرع بـالرهن وبالاستيفاء ونحو ذلك ، فإذا شرطه صار واجبا [1] .

فإذا كان الشرط منافيا لمقصود العقد ، كان العقد لغـوا ، وإذا كان منافيا لمقصود الشارع كان مخالفا لله ورسوله .

فأما إذا لم يشتمل الشرط على واحد منهما بأن لم يكـن لغوا ولا اشتمل على ما حرمه الله ورسوله فلا وجه لتحريمـه، بل الواجب حله ؛ لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليـه ، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه . فإن الإقدام علـى الفعل مظنـة الحاجة إليه ، ولم يثبت تحريمه فيباح لما فى الكتـاب والسـنة من الأمر برفع الحرج .

ومن هنا أرى أن الأصل فى العقود والشروط الإباحـة ، فإرادة المتعاقدين طليقة من كل قيد ، فهى قادرة على إنشـاء أى عقد وعلى اشتراط أى شرط تشاء . ولكن يتعين علينـا قبـل الحكم بصحة شرط من عدمه أن نبحث لنعرف هل يوجد نـص شرعى خاص ينهى عن مثل هذا الشرط أم لا . فنهى الشـارع وحده هو القيد الذى يحد من إرادة المتعاقدين والعقود والشـروط التى ينتظمها هذا القيد ، منها ما هو متفق عليه ، ومنها ما هـو مختلف فيه .

---

(١) الفتاوى الكبرى ، جـ ٣ ، ص ٤٨٣ .

فالمتفق عليه منها ما ورد نص قطعي بمنعه من كتاب أو سنة أو إجماع . وهذا النص قد يكون خاصا كالنهى عن الميسر وعن بيع ما في بطن البهيمة ، وقد يكون عاما كالنهى عن العقود التى تؤدى إلى أكل المال بالباطل ، والنهى عن بيع الغرر ، وهذه النصوص العامة يختلف الفقهاء فى بعض ما تصدق عليه من أفراد .

والمختلف فيه هو ما لم يرد نص قطعي يمنعه ، فذهب فيه كل فقيه إلى ما أداه إليه اجتهاده واستنباطه للأحكام من نصوص الشريعة وقواعدها العامة .

فمثلا : الأصل عند بعض الفقهاء أنه يجوز لكل من أخرج عينا عن ملكه معاوضة كالبيع والخلع أو تبرعا كالوقف والعتق أن يستثنى بعض منافعها ، لما روى من حديث جابر.

فإذا كان العقد مما لا يصح فيه الغرر كالبيع فلابد أن يكون المستثنى معلوما لحديث جابر ، إذ اشترط ظهر البعير المباع إلى النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ إلى المدينة [١] .

وإذا كان العقد مما يصح فيه الغرر كالعتق والوقف ، فله [illegible]تثنى غير معلوم ، فيستثنى خدمة العبد ما عاش أو

---

(١) تحريم عقود الغرر يعتبر من حقوق الله فلا يجوز للعبد إسقاطه ، ولو رضى المتعاقدان بذلك لا يعتبر رضاهما ، وفيه مع ذلك حق للعباد ، لأن الله تعالى إنما حرمها صونا لمال العبد من الضياع . (الفروق ، للقرافى ، جـ ١ ، ص ١٤٠ ، الفرق ٢٢) .

عاش فلان ، أو يستثنى غلة الوقف ما عاش الواقف مثلا .. وهكذا . فالغرر قيد من القيود المتفق عليها التى تحد من سلطان الإرادة ولكنه قيد طيع يضيق ويتسع حسب اختلاف الظروف والبيئات والأنظار [1] . وأصل النهى عن الغرر حديث رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ الذى نهى فيه عن الغرر [2] .

فلابد إذن من معرفة ما حرمه الله ورسوله من العقود والشروط بالنسبة لكل نوع من أنواع العقود قبل الحكم بصحة عقد أو شرط على أساس مبدأ " حرية العقود والشروط " [3] .

وترجيح هذا الرأى يؤدى إلى التوسعة على الناس ، ودفع لما يصادفونه فى أعمالهم من حرج وعنت إذا ضيقنا عليهم باب الشروط ، خصوصا فى زمننا هذا الذى اتسعت فيه ضروب المعاملات ووجدت اشتراطات لم تكن موجودة فى الأزمنة السالفة .

---

(١) الفتاوى الهندية ، جـ ٦، ص ١٢٩، بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص٣٣١، المغنى، جـ ٥ ، ص ٦٢٤ ، البحر الزخار ، جـ ٤ ، ص ١٤٣ـ١٤٤.

(٢) أخرجه مسلم فى صحيحه ـ كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذى فيه غرر ١١٥٣/٣ ح ١٥١٣ عن أبى هريرة .

وأخرجه الترمذى فى سننه كتاب البيوع باب ما جاء فى كراهية بيع الغرر ٥٢٣/٣ ح ١٢٣٠ عن أبى هريرة وصححه الترمذى .

(٣) الفتاوى الكبرى ، جـ ٣ ، ص ٤٩٢ .

فالقول بحظر الشروط وعدم صحة شئ منها إلا بدليل معين يتنافى مع ما عرف عن الشريعة الإسلامية بأنها شريعة عامة خالدة صالحة لكل عصر وكل مكان ، وأنها مبنية على التيسير ودفع الحرج عن العباد .

فمن المعروف أن الفقه الإسلامى يتسع للمعاملات ، و أنه صالح للتطبيق فى كل زمان ومكان ، فلئن ضاق مذهب اتسع مذهب آخر ، ولا تثريب علينا أن نختار من المذاهب الإسلامية ما يحقق المصلحة [1] .

فقد اتخذ الفقهاء العرف العام أصلا يبنون عليه الأحكام ويستخدمونه فيما يجد من الحوادث التى لا نص فيها . ومما بنوه على ذلك صحة عقد الاستصناع ، حيث قالوا فى تعليل جوازه أن التعامل جرى به بين الناس ، فالثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى .

كذلك أخذ الفقهاء بالاستحسان فأجازوا عقودا كان القياس يقضى ببطلانها ، كالمزارعة والمساقاة ونحوهما .

كما أخذوا بالمصالح المرسلة وحكموا بصحة أنواع من التصرفات لم يرد عن الشرع اعتبارها ولا إلغائها . ولكن لا تأباها القواعد العامة المأخوذة من كليات الشريعة .

ومن خلال العرض السابق لآراء وأقوال علماء الفقه

---

(١) الملكية ونظرية العقد ، الأستاذ الدكتور / أحمد فراج حسنين ، ص١٩٥.

والأصول حول الشروط فى العقود ، أجد أن الفقهاء متفقون على أن من الشروط ما هو مباح وجائز يصح التزامه ويجب الوفاء به ويندرج تحت مسمى [الشروط الصحيحة] .

وأن منها ما ليس بمباح ولا جائز فلا يصح التزامه ولا يجوز الوفاء به ويندرج تحت مسمى [الشروط الغير صحيحة] أو الفاسدة .

ولكنهم يختلفون فى الضابط المميز للشروط الصحيحة المشروعة والشروط الفاسدة الممنوعة .

ويمكن تلخيص آراء الفقهاء فيما يلى :

أولا : أن الحنفية والشافعية والمالكية وجمهور الحنابلة يتفقون مع أهل الظاهر فى أنه لابد فى صحة الشرط من دليل معين يدل على تلك الصحة .

ولكنهم يختلفون معهم تمام الاختلاف فى التطبيق ويتوسعون فى الشروط أكثر منهم .

فالظاهرية : يقولون أنه ليس للعاقدين أن يشترطا أو أحدهما شرطا لم يرد عن الشارع إجازته .

فالأصل فى هذا المذهب هو حظر اشتراط الشروط ، إلا ما ورد الشرع بإجازته وصحته . وتطبيقا لذلك ، كان الشرط عندهم صحيحا أو باطلا .

فالشرط الصحيح عندهم هو : الذى ورد النص أو حصل الإجماع على جوازه .

والشرط الباطل هو : ما لم يرد به نص ولا حصل عليه إجماع وهو مبطل للعقد إن اقترن به ، فإن لم يقترن به فلا أثر له .

فكل شرط اشترطه إنسان على نفسه أو لها على غيره فهو باطل لا يلزمه من التزمه أصلاً إلا أن يكون النص (قرآن أو سنّة) أو الإجماع قد ورد أحدهما بجواز التزام ذلك الشرط بعينه أو بإلزامه .

وما عدا ذلك من الشروط فليس بصحيح ولا مشروع .

فهؤلاء أغلقوا باب الشروط فى العقود ولم يفتحوه إلا بقدر معلوم يختلف سعة وضيقاً تبعاً لاختلاف نظرهم فى الأدلة الشرعية وما يصح أن يعتمد عليه منها فى مشروعية الشروط وما لا يصح الاعتماد عليه فيها وتبعاً لاختلاف نظرهم فى موافقة الشرط لمقتضى العقد وملاءمته لحكمه وانتفاء ذلك .

وقد دافع ابن حزم عن هذا الرأى بعنف وشدة .

أما جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية وأكثر الحنابلة فيتفقون فيما بينهم على التمسك بمقتضيات العقود وأحكامها وإبطال كل شرط يخالفها إلا إذا قام الدليل المعين على صحته .

فالشروط الصحيحة عندهم هى التى لم يرد عن الشارع نهى عنها بخصوصها ولا تتنافى مع دين الله وشرعه ، سواء أقام الدليل المعين على اعتبارها أم لم يقم ، وسواء أوافقت

مقتضى العقد أم لم توافقه . فالأصل فى الشروط عندهم الجواز والصحة ولا يحرم شرط منها إلا إذا خالف حكم الله ورسوله .

فهؤلاء فتحوا باب الشروط فى العقود على مصـ ا ـه ، وأطلقوا للناس الحرية فى تغيير أحكامها وآثارها بما يشترطونه فيها من شروط ولم يقيدوهم إلا بقيد واحد هو أن لا يخالف ما يشترطونه فيها كتاب الله أو سنّة رسوله .

ولكنهم يختلفون فى التطبيق والحكم على أعيان الشووط اختلافاً كثيراً فيما بينهم توسعة وتضييقاً فى الشروط . وذلك لتوسعهم فى الأدلة وتمسكهم بمقتضى العقود وعدم ذلك .

فلا يصح عندهم التمسك بمقتضيات العقود المطلقة وعرض شروط العاقدين عليها فما كان ملائماً فهو صحيح وإلا فلا يصح حتى يدل على صحته دليل معين .

بل الواجب عرض هذه الشروط على أحكام الشارع العامة وقواعده الكلية فما كان مخالفاً لها حكمنا بعدم صحته وما لم يخالفها فهو صحيح يجب الوفاء به سواء وافق مقتضى العقد المطلق عن الشرط أو لم يوافقه ، فليس فى هذا تغيير لأحكام الشارع ولا تعد على حدوده .

فذهب الحنابلة : إلى أن الأصل فى الشروط الجواز والصحة ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس .

فلا يوجد بين الفقهاء من هو أكثر تصحيحاً للشروط من الإمام أحمد ، وذلك لأنه بلغه من الآثار عن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ والصحابة ما لم يبلغ غيره من سائر الفقهاء . وأن ما اعتمده غيره فى إبطال الشروط من نص قد يضعفه أو يضعف دلالته [1] .

فقد استدل من الكتاب والسنّة على وجوب الوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود ، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يأمر بها مطلقاً ويذم من نقضها وغدر مطلقاً .

على ألا يشترط فى العقد أكثر من شرط واحد صحيح ، ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ، وقد أجازوا استثناء منفعة المبيع فى البيع كالمالكية ، بل وأباحوا على سبيل الاستثناء الشروط التى تتنافى مع مقتضى العقد إذا بنيت على التغليب والسراية كالبيع على اشتراط العتق .

---

(١) المغنى ، جـ ٤ ، ص ٢٠٢ ، كشاف القناع على متن الإقناع ، جـ ٢، ص ٣٦ ، فتاوى ابن تيمية ، جـ ٣ ، ص ٣٢٦ ، أحكام القرآن ، لأبو بكر أحمد بن على الرازى الجصاص ، المتوفى سنة ٣٧٠ هـ ، مطبعة الأوقاف ، ١٣٣٥ هـ ، جـ ٢ ، ص ٣٦٢ ، القواعد النورانية الفقهية ، لشيخ الإسلام ابن تيمية، المتوفى سنة ٧٢٨ هـ ، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٧٠ هـ ، ص ١٩٢ ، الملكية ونظرية العقد، الأستاذ الدكتور / أحمد فراج حسين ، ص ١٨٨ .

وذهب الحنفية : إلى أن الأصل فى الشروط الحظر والتحريم إلا ما ورد الشارع بإجازته أو أنه كان موافقاً للقواعد العامة للشريعة أو مما يقتضيه العقد ، أو جرى به العرف .

وهذا المذهب يمثل الاتجاه الوسط ، فهو لم يتوسع فى الشروط كما هو الحال فى المذهب الحنبلى ، ولم يقصرها على مورد النص كما هو الحال فى المذهب الظاهرى ، بل إنه وإن جعل الأصل هو الحظر ، لكنه توسع فى الاستثناء وأكثر منه[1] .

وقد وضع الحنفية ضابطاً للشرط المنهى عنه ، الذى يفسد العقد وهو : (كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحدهما ، أو لأجنبى أو لمبيع هو من أهل الاستحقاق ، ولم يجر العرف به ولم يرد الشرع بجوازه) [2] .

وذهب الشافعية : إلى الاعتداد برضا المتعاقدين إلا ما نهى عنه الله ورسوله [3] .

---

(١) الملكية ونظرية العقد ، الأستاذ الدكتور / أحمد فراج حسين ، ص ١٩٢.

(٢) رد المحتار ، جـ ٤ ، ص ١٢١ ، بدائع الصنائع ، جـ ٥ ، ص ١٦٩، الهداية ، جـ ٦ ، ص ٧٧ .

(٣) يقول الشافعي فى الأم ، جـ ٣ ، ص ٢ : (فأصل البيوع كلها مباح إذا كان برضا المتبايعين الجائزى الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ محرم بإذنه داخل فى المعنى المنهى عنه ، وما فارق ذلك إعناه بما وصفنا من إباحة البيع فى كتاب الله) .

وذهب المالكية : إلى أن الأصل فى الشروط الإباحة لا الحظر . فالشروط فى المعاملات يكتفى فيها بعدم المنافاة لمقصود العقد ؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعانى ، دون التعبد . على العكس من العبادات ، فإن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعانى .

كما أن الأصل فى الشروط التى يمكن أن يشترطها أحد المتعاقدين على الآخر فى عقود المعاوضات الجواز حتى يدل الدليل على خلافه [1] .

ثانياً : أن هؤلاء الفقهاء يختلفون فى حكم العقد الذى يشتمل على شرط مفسد ، أهو الفساد أو البطلان .

فيرى الحنفية أن حكمه الفساد وليس البطلان .

ويرى غيرهم من الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية أن حكمه البطلان .

وسبب الخلاف : يرجع إلى اختلاف هؤلاء الفقهاء فى حقيقة الفاسد والباطل من الأفعال الشرعية أهى واحدة أم مختلفة.

ثالثاً : أن الحنفية يفرقون فى فساد العقود المقترنة

-- (الأم ، لأبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعى ، المتوفى سنة ٢٠٤ هـ ، المطبعة الأميرية ببولاق ، ١٣٢١ هـ) .

(١) الموافقات ، للشاطبى ، جـ ١ ، ص ١٩٢ .

بالشروط الفاسدة بين عقود المعاوضات المالية وبين غيرها من عقود المعاوضات غير المالية وعقود التبرعات . وأن غيرهم من الفقهاء لا يرى هذه التفرقة .

وأشير فيما يلى إلى الشروط الصحيحة والغير صحيحة فى العقود ، وأثر الشروط الغير صحيحة على العقد .

الشروط الصحيحة

الشرط الصحيح عند الفقهاء : هو ما كان موافقاً لمقتضى العقد أو ملائماً لهذا المقتضى أو دل النص على جوازه أو جرى به العرف ، فأنواعه أربعة .

فالشرط الصحيح هو ما يكون موجباً لحكم من أحكام العقد وأثراً من آثاره ، أو لا يكون موجبه ذلك ولكنه لا يخالف مقتضى العقد ولا ينافى حكمه .

وبالتالى يكون الشرط الصحيح نوعان :

١ــ الشرط الذى يكون موجبه حكماً من أحكام العقد . ومثاله اشتراط المشترى على البائع تسليمه المبيع فور دفعه الثمن.

٢ــ الشرط الذى لا ينافى مقتضى العقد وحكمه ، كاشتراط تأجيل الثمن فى البيع إلى أجل معين ، وكاشتراط الرهن والكفيل .

فهذه الشروط يلزم الوفاء بها والعمل بموجبها وما عدا ذلك من الشروط فليس صحيحاً .

وأحاول هنا حصر الشروط الصحيحة عند الفقهاء .

أولاً : الشرط الذى يقتضيه العقد

الشرط الذى يقتضيه العقد هو الشرط الذى يوافق مقتضى العقد ، أى يجب بالعقد من غير شرط ؛ لأنه يقرر أو يؤكد مقتضى العقد. فهذا الشرط لا يثبت شيئاً زائداً على العقد، ومن ثم فإن اشتراطه وعدم اشتراطه سواء ؛ لأنه لا يضير العقد ذكره ولا ينقصه إهماله لثبوت وجوبه ومقتضاه فى الحالتين .

ومثال هذا النوع من الشروط : اشتراط المشترى على البائع تسليم المبيع ، أو اشتراطه أن يتملك المبيع ، أو أن يرده إذا ظهر به عيب ، واشتراط البائع على المشترى تسليم الثمن قبل أخذ المبيع . فهذه أمور تثبت للمشترى والبائع بمقتضى عقد البيع سواء شرطت فيه أم لا .

ومثال ذلك أيضاً : اشتراط المرتهن فى عقد الرهن أن يكون مقدماً فى الاستيفاء من العين المرهونة على سائر الغرماء ، أو اشتراط المرأة فى عقد الزواج ألا يضر بها الزوج فى نفسها أو مالها ، أو اشتراط ولى الزوجة على زوجها أن ينفق عليها أو أن يمسكها بمعروف أو يفارقها بإحسان . فهذه الشروط كلها آثار يقتضيها كل من عقد البيع والرهن والزواج ، ومن ثم فمثل هذه الشروط لا جديد فيها ؛

لأنها مقررة أصلاً بموجب العقد نفسه فهي توجب حكماً من أحكامه . وغايته أن العاقد أكدها وأبرزها في صورة الاشتراط[1] .

ولذلك فجمهور الفقهاء يقولون بصحة هذا الشرط [2] .

ثانياً : الشرط الذى يلائم مقتضى العقد

وهو الشرط الذى لا يقتضيه العقد ولكنه يؤكد ما يجب بالعقد ويقرره . وهذا الشرط لا يفسد العقد ولو كان لا يقتضيه؛ لأنه يقرر حكمه من حيث المعنى ويؤكده ، فيلتحق بالشرط الذى من مقتضيات العقد لملاءمته للعقد وموافقته له ، وذلك كاشتراط البائع على المشترى أن يعطيه رهناً معيناً بالثمن المؤجل [3] .

---

(١) الملكية ونظرية العقد ، الأستاذ الدكتور / أحمد فراج حسين ، ص ١٩٢.

(٢) حاشية البيجرمى على شرح المنهاج ، المطبعة الأميرية ، سنة ١٣٠٩ هـ ، جـ ٢ ، ص ١٨٨ ، مختصر المزنى ، لأبو إبراهيم بن يحيى بن إسماعيل المزنى ، المتوفى سنة ٢٦٤ هـ ، بهامش كتاب الأم ، المطبعة الأميرية ، سنة ١٣٢١ هـ ، ص ٢٠٣، فتح القدير ، جـ ٥ ، ص٢١٤.

(٣) * عند الحنفية : يصح اشتراط رهن معلوم بالإشارة أو التسمية ، وكذلك يصح اشتراط كفيل حاضر قبل الكفالة ، أو غائب فحضر وقبلَها قبل التفرق . (بدائع الصنائع ، جـ ٥ ، ص ١٧١) .

● وعند المالكية : يعتبر الشرط الملائم لمقتضى العقد كالأجل المعلوم والرهن ، والخيار ، والحميل (أى الكفيل) شرطاً صحيحاً ؛ لأنه --

فالرهن لا يجب بالبيع ولكنه يؤكد ما يجب به وهو الثمن ، أو أن يأتيه بكفيل به ، أو أن يحيله بالثمن على فلان ، أو اشتراط الإشهاد على البيع أو كتابته فى صك . فكل من الرهن والكفالة والحوالة لا تجب بالبيع من غير شرط ، ولكنها تؤكد ما يجب به وهو الثمن ، وتعتبر ضمان له من الجحود والإنكار وفى مصلحة العقد . واشتراط الرهن أو الكفيل أو الحوالة هنا إما أن يكون لضمان بيع تم ، أو فيما تبايعه المتعاقدان إلى أجل مسمى لضمان الثمن .

أ ـ فإذا كان لضمان بيع تم فيجب لصحة اشتراط

-- يعود على العقد بالمصلحة ، فإن شرط أى من هذه الشروط عمل به ، وإلا فلا. (حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، جـ ٦ ، ص ٦٥ ، القوانين الفقهية، ص ١٧٢) .

* وعند الشافعية : الشرط إما أن يقتضيه مطلق العقد كالقبض والانتفاع والرد بالعيب أو لا . فالأول : لا يضر بالعقد . والثانى : وهو الذى لا يقتضيه العقد ، إما أن يتعلق بمصلحة العقد ، كشرط الرهن والإشهاد والأوصاف المقصودة ـ من الكتابة والخياطة والخيار ونحو ذلك ـ أو لا، فالأول لا يفسده ، ويصح الشرط نفسه . (حاشية الجمل على شرح !! ، جـ ٣ ، ص ٧٥ ، نهاية المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٦٠) .

* وعند الحنابلة : الشرط الذى تتعلق به مصلحة تعود على المشترط من المتعاقدين كالخيار والشهادة ، أو اشتراط صفة فى الثمن كتأجيله كله أو بعضه، أو رهن معين به أو كفيل معين به، يعتبر صحيح ويلزم الوفاء به. (كشاف القناع ، جـ ٣ ، ص ١٨٩ ، المغنى ، جـ ٤ ، ص ٢٨٥، ٢٨٦) .

الرهن أو الكفيل أو الحوالة أن يكون أثناء العقد، وليس له طلب الرهن أو الكفيل بعد العقد .

ودليل صحة هذه الشروط قوله صلى الله عليه وسلم : "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً".

ومن المعقول : أن الرغبات تختلف باختلاف دــ ، فلو لم يصح اشتراط ذلك لفاتت الحكمة التى لأجلها شرعت العقود.

وحكم هذا الشرط ــ على العموم ــ لزوم الوفاء به ، بحيث إذا فات كان للشارط الخيار بين فسخ العقد وبين إمضائه إذا كان العقد قابلاً للفسخ بتراضى الطرفين كالبيع والإجارة ونحوهما (١) . فإذا امتنع المشترى فى مسألة الرهن من تسليم المرهون أو قيمته كان للبائع الخيار فى الفسخ أو الإمضاء ؛ لأنه لم يرض بتأجيل الثمن إلا بالرهن ، فإذا لم يسلمه إليه فات رضاه بالبيع فيثبت له الخيار كيلا يتضرر من لزوم العقد مع فوات ما شرطه فيه .

أما لو أخبره البائع بصفة فصدقه بلا شرط ، فلا خيار له وإنما صح الشرط المؤكد لمقتضى العقد ، مع أن العقد لا يقتضيه ولم يرد بشأنه نصي من الشارع ، لملاءمته للعقد

---

(١) نظرية العقد فى الفقه الإسلامى ، للأستاذ الدكتور / محمود شوكت العدوى ، ص ١٣٧ .

وموافقته له [١] .

ويشترط فى حالة كل من الأجل والرهـــن والكفيــل أن يكون الثمن عوضا فى الذمة ؛ لأن الأعيان عنـــد الشـــافعية لا تقبل التأجيل سواء أكانت ثمنا أم مثمنـــا ولا يرتـــهن بـــها ولا تضمن [٢] .

ب ـــ اشتراط الرهن فيما تبايعه المتعاقدان إلـــى أجـــل مسمى لضمان الثمن .

ودليل صحة هذا الشرط : قوله تعالى : " وإن كنتم علـــى سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضـــة " [٣] . فقولـــه تعـــالى : (فرهان مقبوضـة) أمر بصيغة الإخبار معناه وإن كنتم مســافرين أو تبايعتم إلى أجل ولم تجدوا كاتبا فارتهنوا رهانـــا مقبوضـــة وثيقة بأموالكم [٤] . والأمر هنا للإباحـــة لا للوجـــوب لوجـــود القرينة الصارفة له وهى قوله تعالى : " فـــإن أمـــن بعضكـــم

---

(١) الملكية ونظرية العقد ، الأستاذ الدكتور / أحمد فراج حسـين ، ص ١٨٩، ١٩٢ .

(٢) نهاية المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٦٠ .

(٣) من سورة البقرة : الآية (٢٨٣) .

(٤) فتح المعين على منلا مسكين ، للقاضى أبى السعود المصـــرى، طبعـــة جمعية المعارف المصرية ، جـ ٣ ، ص ٤٤٣ .

وأجاز الشافعية البيع بشرط الرهن ، وقيـــدوه بالمعلوميـــة . (حاشـــية عميره على شرح المحلى على المنهاج ، جـ ٢ ، ص ١٧٧) .

بعضاً " . ولأن الرهن بدل الكتابة والكتابة غير واجبة فكذلك بدلها .

وقال المالكية بصحة اشتراط الرهن ولو كان غائباً ، وتوقف السلعة حتى يقبض الرهن الغائب (١) .

اشتراط الكفيل :

من الشروط التى تلائم مقتضى العقد اشتراط البائع على المشترى أن يعين له كفيلاً بالثمن .

والدليل على صحة هذا الشرط : قوله تعالى : " وأنا به زعيم " (٢) ، أى كفيل .

قال مجاهد هو المؤذن الذى قال (أيتها العير) . والزعيم والكفيل والحميل والضمين والقبيل سواء ، والزعيم الرئيس(٣).

ومن السنة : روى عن أبى أمامة ــ رضى الله عنه ــ قال سمعت رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ يقول فى خطبة عام حجة الوداع : " الزعيم غارم " (٤) .

وأجمع المسلمون على جواز الضمان فى الجملة وإنما

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، جـ ٣ ، ص ٦٥ .

(٢) من سورة يوسف : الآية (٧٢) .

(٣) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبى، طبعة ١٣٨٧ هـ ــ ١٩٦٧م ، جـ ٩، ص ٢٣١ ، أحكام القرآن ، لابن العربى ، ص ١٠٨٣ .

(٤) سنن الترمذى ، مكتبة المعارف ، بيروت ، جـ ٥ ، ص ٢٦٨ ، سنن أبى داود ، دار الفكر ، جـ ٢ ، ص ٢٩ .

اختلفوا فى الفروع (١) . ولأن الناس يحتاجون إلى ذلك .

وقد وردت أخبار كثيرة تحث على التعاون والتكافل بين الناس ، مثل قوله تعالى : " وتعاونوا على البر والتقوى "(٢) . وقوله سبحانه وتعالى : " لا خير فى كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس " (٣) .

ولاشك أن كفالة الدين إصلاح بين الدائن والمدين ومنع وقوع المنازعة والتخاصم بين الناس ، وهى من المعروف . فقد يحتاج الإنسان إلى قضاء حاجة من حاجاته ، وقد يكون فقيرا قليل المال فلا يجد من يقضى له حاجته إلا بكفيل ، فيكون فى ضيق وحرج ، فإذا تقدم إنسان والتزم بكفالته حصل على مطلوبه وقضى حاجته . والكفيل لا يأخذ على هذه الكفالة شيئا إلا الثواب من الله تعالى . فبالكفالة يحصل المدين على قضاء حاجته ويستوثق الدائن من استيفاء دينه ، ومن هنا كانت الكفالة عونا للدائن والمدين معا (٤) .

---

(١) المغنى مع الشرح الكبير ، مطبعة المنار بمصر ، سنة ١٣٤٧ هـ ، جـ ٥، ص ٧١. وأجاز الشافعية: اشتراط الكفيل بالثمن لورود النص به.

(٢) من سورة المائدة : الآية (٢) .

(٣) من سورة النساء : الآية (١١٤) .

(٤) شرح فتح القدير ، جـ ٧ ، ص ١٦٢ ، توثيق الدين بالرهن والكفالة ، الأستاذ الدكتور / كمال جودة أبو المعاطى مصطفى ، طبعة ١٤٠٨ هـ ـ ١٩٨٨ م ، ص ٩٩ .

وعند المالكية : يصح اشتراط الكفيل الغائب إن كانت مدة غيبته قريبة ، أما إذا كانت مدة غيبته بعيدة فلا يصح لأنه قد يرضى وقد يأبى [1] .

وعند الشافعية : يصح البيع بشرط الكفيل المعلوم لعوض ما ، من مبيع أو ثمن ثابت فى الذمة وذلك للحاجة إليهما فى معاملة من لا يرضى إلا بهما [2] .

وقرر الشافعية أنه لا يصح بيع سلعة من اثنين على أن يتضامنا ؛ لأنه فى رأيهم شرط على كل ضمان غيره وهو خارج عن مصلحة عقده ، ولكن لو قال اشتريه بألف على أن يضمنه زيد إلى شهر ، صح عندهم .

اشتراط الحوالة [3] :

اعتبر الحنفية الحوالة كالكفالة ، فلو باع على أن يحيل

---

(١) القوانين الفقهية ، ص ١٧٢ .

(٢) حاشية عميره على شرح المحلى على المنهاج ، جـ ٢ ، ص ١٧٧ .

(٣) الحوالة فى اللغة : من حال الشئ حولاً وحؤولاً : تحول . تحول . وتحول من مكانه انتقل عنه وحولته تحويلاً نقلته من موضع إلى موضع . والحوالة بالفتح مأخوذة من هذا ، فإذا أحلت شخصاً بدينك فقد نقلته إلى ذمة غير ذمتك . (المصباح المنير ، مادة " حول ") .

والحوالة فى الاصطلاح : نقل الدين من ذمة إلى ذمة . فمتى تم الإيجاب والقبول تحميلاً وتحملاً لأداء الدين من المحتمل إلى الدائن بين اثنين من الثلاثة الأطراف المعنية ، الدائن والمدين والملتزم بالأداء ، مع الاستيفاء لسائر الشرائط .

المشترى البائع على غيره بالثمن فسد قياساً ، وجاز استحساناً[١] .

واشتراط الشهادة [٢] لورود النص بها فى قوله تعالى : "وأشهدوا إذا تبايعتم " [٣] . ولا يشترط تعيين الشهود فى الأصح [٤] .

ثالثاً : الشرط الذى ورد الشرع بجوازه

هذا الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، ولكنه يعود عليه بمصلحة [٥] . وقد دلّ على صحة اشتراطه دليل معين

---

(١) اعتبر الكاسانى شرط الحوالة مفسداً للعقد لأنه لا يقتضيه العقد ، ولا يقرر موجبه لأن الحوالة إبراء عن الثمن وإسقاط له ، فلم يكن ملائماً للعقد ، بخلاف الكفالة والرهن . (رد المحتار ، جـ ٤ ، ص ١٢١ ، بدائع الصنائع ، جـ ٥ ، ص ١٧٢) .

(٢) وفى الاصطلاح هى إخبار عن عيان بلفظ الشهادة فى مجلس القاضى بحق للغير على آخر . فالإخبارات ثلاثة : إما بحق للغير على آخر وهو الشهادة ، أو بحق للمخبر على آخر وهو الدعوى ، أو بالعكس وهو الإقرار .

والشهود : هو رؤية الحق بالحق .

وأجاز الشافعية : الإشهاد على جريان البيع ، للأمر به فى الآية الكريمة : " وأشهدوا إذا تبايعتم " . (من سورة البقرة : الآية ٢٨٢) .

(٣) من سورة البقرة : الآية (٢٨٢) .

(٤) نهاية المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٦٠ .

(٥) **عند الحنفية** : كل شرط لم يرد النص (القرآن أو السنة) أو الإجماع =

= أو القياس على اعتباره يعتبر فاسد . وخاصة إذا كان فى كتاب الله وسنّة رسوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ خلافه .

فعند الأحناف يستثنى من شرط مخالفة اقتضاء العقد ، ما ورد به الشرع . (تبيين الحقائق ، جـ ٤ ، ص ٥٧ ، الدر المختار ، جـ ٤ ، ص ١٢١) .

وعند المالكية : اشتراط الأجل المعلوم ، والرهن والخيار والحميل (أى الكفيل) فهذه الشروط لا تنافى العقد ولا يقتضيها ، بل هى مما تعود عليه بمصلحة ، فإن شرطت عمل بها ، وإلا فلا . (حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، جـ ٣ ، ص ٦٥ ، القوانين الفقهية ، ص ١٧٢) .

وعند الشافعية : كل شرط مناف لمقتضى العقد باطل إلا فيما ورد به النص ، أى ثبت استثناؤه بالشرع . (حاشية البيجرمى على شرح المنهاج، جـ ٢ ، ص ١٨٨ ، مختصر المزنى ، جـ ٢ ، ص ٢٠٣) .

وعند الظاهرية : فمن المعروف أن الظاهرية يأخذون بظاهر النصوص والآثار ولا يبحثون فى علل الأحكام ، ويرفضون القياس ، بل ويهاجمون الآخذين به .

ومن ثم فإن ابن حزم يرى أن كل شرط اشترطه إنسان على نفسه أو لها على غيره فهو باطل ولا يلزم من التزمه الوفاء به إلا أن يكون أحد الأدلة المتفق عليها وهى النص (قرآن أو سنّة) والإجماع . وقد ورد أحدهما بجواز التزام ذلك الشرط بعينه أو بإلزامه . وبناء على ذلك فقد أجاز الظاهرية اشتراط سبعة شروط فقط وما عداها يعتبر كل شرط يشترطه المتعاقدان باطل ، وبالتالى يؤدى إلى بطلان العقد مادام قد اقترن به الشرط الباطل . (المحلى ، جـ ٨ ، ص ٤١٢ــ٤٢٠ ، الأحكام فى أصول الأحكام ، لابن حزم ، جـ ٣ ، ص ٥٢٨) .

وسأشير إلى هذه الشروط عند الحديث عن الشروط الصحيحة عند الفقهاء .

من الأدلة المعتبرة فى إثبات الأحكام الشرعية .

والدليل على صحة هذا الشرط :

من السنة النبوية : قوله صلى الله عليه وسلم : " ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل " .

ومن أمثلة هذا الشرط :

أ ـ اشتراط الخيار للعاقدين أو لأحدهما أو لغيرهما :

هذا الشرط يمثل له بالبيع بشرط الخيار [1] ، وكذلك كل عقد لازم يقبل الفسخ بتراضى الطرفين . بمعنى أنه إذا اشترط البائع أو المشترى الخيار لنفسه مدة معلومة فإنه يكون شرط صحيح يثبت له حق الفسخ خلال هذه المدة ولا يحق للبائع فى

---

(١) الخيار : اسم من الاختيار يُقال أنت بالخيار أى اختر ما شئت ، وخيرته بين الشيئين فوضت إليه الاختيار .

ويقصد الفقهاء من الخيار إعطاء المتعاقد الحق فى طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه . (حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ، جـ ٢ ، ص ٤٣) .

فالخيار اسم مشتق من الاختيار ، ويُقصد به : (اختيار إمضاء العقد أو فسخه) .

فالخيارات هى بحسب طبيعتها (تحفظات لصاحب العقد) شُرعت لتحقيق كمال الرضا فى الأحوال التى يحتاج فيها المتصرف أو المتعاقدان للتروى ومشاورة النفس ، مرة أخرى قبل اتخاذ موقف نهائى . (المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، الأستاذ الدكتور / محمد سلام مدكور ، ص ٦٥٢ ، الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ، ص ٣٣٨) .

مطالبته قبل حلوله [1] .

والدليل على صحة هذا الاشتراط :

١ــ ما جاء فى حديث حبان بن منقذ ــ رضى الله عنه ــ من أن النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال له : " إذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام " [2] .

---

(١) وكذلك اشتراط خيار الرؤية إذا لم يكن المشترى قد رأى المبيع عند العقد .

(٢) رواه الشيخان بسندهما عن ابن عمر ــ رضى الله عنهما ــ وأصله فى البخارى .

والحديث فى سنن البيهقى لم يصرح فيه بشرط الخيار ، فقد جاء فيه (إذا بايعت فقل لا خلابة) ، ثم أنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليالى ، فإن رضيت فأمسك ، وإن سخطت فاردد .

ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم : " لا خلابة " ، أى لا غش ولا خديعة .

وعن ابن عمر ــ رضى الله تعالى عنهما ــ أن منقذاً سفع فى رأسه فى الجاهلية مأمومة فخبلت لسانه فكان إذا باع يخدع فى البيع ، فقال له رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم : " بايع وقل لا خلابة) ، ثم أنت بالخيار ثلاثة .

وقد يُقال أن فى إسناد هذا الحديث محمد بن إسحاق ، ويرد هذا الاعتراض :

أولاً : بأن هذا الحديث روى من عدة جهات كلها قوية ، فقد رواه الحميدى فى سنده ، فقال حدثنا سفيان عن محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر ، فذكر الحديث . ورواه البخارى فى تاريخه والحاكم فى مستدركه .

==

فهذا الحديث الشريف يفيد مشروعية اشتراط الخيار فـــى البيع لكل واحد من المتعاقدين وإن كان عقد البيع مـــن عقــود المعاوضات التى أصلها اللزوم ، واشتراط الخيار ينافيــها ، إلا أن قيام الدليل وهو هذا الحديث الشريف يدل علـــى مشــروعية العمل بشرط الخيار .

وقد وردت آثار تدل على إجازة الخيار رخصة للنـــاس وتيسيراً عليهم فى معاملتهم . لأن بعض النـــاس يحتـــاج إلـــى التروى والاستشارة ، فليس كل واحد يحســن البيــع والشــراء ونحوهما ، وقد يكون العقد غير مشتمل على غبن ولا خديعـــة ومع هذا تظهر رغبة العاقدين أو أحدهما فـــى الرجــوع عــن العقد، ولكى لا يلزم المرء بعد هذا عليه ندم منح الشارع للعــاقد بموجب شرط الخيار وفى خلال المـــدة المشــروطة فرصـــة للتروى للحاجة إلى ذلك [1] .

-- ثانياً : قال الإمام النووى أن الأكثرون وثقوا محمد بـــن إسـحاق ، وإنما عابوا عليه التدليس ، والمدلس إذا قال حدثنى أو أخبرنى أو ســمعت ونحوها من الألفاظ المصرحة بالسماع احتج به عنــد الجمــاهير ، وهــو مذهب البخارى ومسلم وسائر المحدثين . (فتح البارى ، المطبعة الســلفية، جـــ ٤ ، ص ٣٣٧ ، سنن البيهقى ، دائرة المعــارف العثمانيـــة ، حيــدر أباد، جـــ ٥ ، ص ٢٧٣) .

(١) الخيارات فى الفقه الإسلامى ، لأستاذنا الدكتور / على أحمــد مرعــى ، الطبعة الأولى ، ١٣٩٦ هـــ ـــ ١٩٧٦ م ، ص ٣٩

ومن ثم فإن صحة اشتراط الخيار فى البيع يمكن تعديته والقول بصحته أيضاً فى العقود اللازمة التى تقبل الفسخ كالإجارة والمزارعة والقسمة لوجود تلك الحاجة إلى اشتراط الخيار فيها [(١)] ، ومثل ذلك أيضاً : اشتراط البائع على المشترى أنه إن لم يدفع إليه الثمن فى مدة معلومة كان له الحق فى فسخ العقد ، فإن هذا الشرط صحيح لأنه فى معنى خيار الشرط ، وذلك لأن العاقد كما يحتاج إلى التأمل فى العقد

---

(١) **عند الحنفية** : يصح شرط الخيار فى العقود اللازمة التى تحتمل الفسخ وهى البيع والقسمة والصلح على مال والكتابة والرهن إذا شرط الخيار فيه للراهن والخلع على مال إذا شرط للمرأة ، ويصح شرط الخيار فى الكفالة للمكفول له أو الكفيل ، وكذا فى الحوالة إن شرط للمحتال أو المحال عليه ، وكذلك فى تسليم الشفعة بعد الطلبين وفى الإجارة والمزارعة والمساقاة وفى الإقالة بناء على أنها بيع . واختلفوا فى صحة الاشتراط فى الإبراء والوقف .

ولا يصح اشتراط الخيار فى النكاح والصرف والسلم والهبة والوصية وغيرها .

وعند الشافعية : يصح شرط الخيار فى العقود اللازمة الواردة على العين التى لا يشترط فيها قبض البدلين أحدهما فى مجلس العقد .

وعند الحنابلة : يثبت خيار الشرط فى العقود اللازمة التى يُقصد منها المعاوضة بشرط ألا تتوقف صحتها على قبض البدلين أو أحدهما فى مجلس العقد . (حاشية عميره على شرح المحلى على المنهاج ، جـ ٢ ، ص ١٧٧ ، المبسوط ، جـ ٥ ، ص ٢٣٢ ، كشاف القناع ، جـ ٣ ، ص ١٩٢ ، القوانين الفقهية ، ص ١٧٢) .

أيوافقه أو لا يوافقه يحتاج كذلك إلى التأمل فى الحصول على الثمن فكان مشروعاً كخيار الشرط [1] .

كما أن الخيار شرط تراضى عليه العاقدان والرضا هو أساس صحة العقود فى الفقه الإسلامى .

كما أن فى ثبوت الخيار تحقيق مصلحة للمتعاقدين أو لأحدهما أو لغيرهما لم يرد فيه نص بتحريمه فكان مشروعاً .

وأيضاً يستدل لصحة هذا الشرط بأنه لا يشتمل على غرر مادامت مدة الخيار معلومة .

كما أن الإمام النووى قد نقل الإجماع على مشروعية خيار الشرط ، فإذا وجد من يخالف ويقول بعدم صحة هذا الخيار بعد انعقاد الإجماع لا يعتد بقوله ولا عبرة بمخالفته [2].

ب ـ اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى [3] :

والدليل على صحة هذا الشرط :

قوله تعالى : " وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة " [4] .

---

(١) الشروط الشائعة فى المعاملات، للدكتور/ زكى الدين شعبان ، ص٣٤٢.

(٢) الخيارات فى الفقه الإسلامى ، ص ٣٧ .

(٣) أجاز الظاهرية اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يحدد الأجل . واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " (من سورة البقرة : الآية ٢٨٢) . (المحلى ، جـ ٨، ص ٤١٢ ـ ٤٢٠).

(٤) من سورة البقرة : الآية (٢٨٢) .

ويشترط أن يحدد الأجل بمعلوم للمتعاقدين كنحو إلى صفر أو إلى الحصاد كما فى السلم ، واشترطوا فى الأجل ألا يمتد بحيث يبعد بقاء الدنيا إليه وإلا بطل البيع للعمل حال العقد بسقوط بعضه وهو يؤدى إلى الجهل به المستلزم للجهل بالثمن، لأن الأجل يقابله قسط منه [1] .

جـ ـ اشتراط المشترى لنفسه ثمر النخل المؤبّر [2] :

والدليل على صحة هذا الشرط :

ما رواه عبد الله بن عمرو عن أبيه أن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : " من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع " .

رابعاً : الشرط الذى جرى به العرف

وهو كل ما يتعارفه الناس ويشترطونه وإن كان لا

-- وأجاز الشافعية البيع بشرط الأجل المعين لقوله تعالى : " إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه " . (من سورة البقرة : الآية ٢٨٢) . (حاشية عميره على شرح المحلى على المنهاج ، جـ ٢ ، ص ١٧٧) .

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، لشمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى ، المتوفى ١٠٠٤ هـ ، طبعة البابى الحلبى ، سنة ١٣٥٧ هـ ، جـ ٣ ، ص ٦٠ .

(٢) وقد قال بصحة هذا الشرط ، وكذلك قالوا بصحة اشتراط المشترى مال العبد المباع ، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : " من ابتاع عبداً فماله للذى باعه إلا أن يشترط المبتاع". (المحلى ، جـ ٨، ص ٤١٢ ـ ٤٢٠).

يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به نص .

فاشتراط ما جرى به العرف يعتبر صحيحاً ويتقيد به العقد ويصير موجبه حكماً من أحكامه وأثراً من آثاره استحساناً [١] وخلافاً للقياس .

وغايته أنه يشترط فى صحة الشرط المبنى على العرف ألا يخالف نصاً أو أثراً ورد عن الشارع الحكيم [٢] .

وهذا الشرط صحيح فى رأى الإمام وصاحبيه [٣] ،

---

(١) **الاستحسان فى اللغة من الحسن** : وهو عد الشئ واعتقاده حسناً ، والحسن ضد القبح ونقيضه . تقول : استحسنت كذا أى اعتقدته حسناً واستقبحت كذا أى اعتقدته قبيحاً .

فالاستحسان فى اللغة : عد الشئ حسناً مثل الاستقباح عد الشئ قبيحاً .
(المصباح المنير، ط المكتبة العلمية ، بيروت ، لبنان ، جـ ١، ص١٣٦، لسان العرب ، ط دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، جـ ٢ ، ص٨٧٩) .

وفى الاصطلاح : هو العدول عن موجب القياس إلى قياس أقوى منه.

ومعنى هذا أن يكون فى المسألة قياسان ، أحدهما جلى ظاهر ، ولكنه ضعيف الأثر لضعف علته ، والآخر قياس خفى قوى الأثر ، فيرجح المجتهد العمل بالقياس الخفى استحساناً لقوة علته ، وهذا معنى قوله : إلى قياس أقوى منه ، فالقوة منشؤها العلة . (كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى ، تأليف الإمام أحمد البخارى ، المتوفى سنة ٧٣٠ هـ ، دار الكتاب الإسلامى ، جـ ٤، ص ٦، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ، نشر الكليات الأزهرية ، ص ٢٨٨) .

(٢) الملكية ونظرية العقد ، الأستاذ الدكتور / أحمد فراج حسين ، ص ١٩٣.

(٣) وقال زفر بفساد هذا الشرط متمسكاً بالأصل العام فى الشروط التى ==

على أساس أن العرف يعتبر عندهم دليلاً تخصص به النصوص .

وذهب الأحناف إلى اعتبار العرف العام أصلاً يبنون عليه الأحكام ويستخدمون فيما يجد من الحوادث التى لا نص فيها [١] .

حيث قالوا فى تعليل جوازه أن التعامل جرى به بين الناس [٢] .

-- تخالف مقتضى العقد وهو الفساد وعدم الصحة ، وهو رأى مرجوح فى الفقه الحنفى .

(١) واعتبار الحنفية للعرف بهذا الشكل فى باب الشروط يعتبر فتحاً له بعد إغلاقه بذلك الأصل الذى أصلوه وهو قولهم : (الأصل فساد الشروط إلا إذا دلّ دليل معين على صحتها) .

والحق أن هذا هو الذى يساير الزمن ويلائم المدنيات المتجددة ويجعل الشريعة مرنة رحبة الصدر ، لا تصك فى وجه المستظلين بها أبواب الرقى والتقدم ، وفيه البرهان العملى على صلاحيتها لكل الأزمنة ، والحجة الدامغة فى وجه الطاعنين عليها بالجمود . (الشروط الشائعة فى المعاملات ، ص ٣٤٤) .

(٢) يقول العلامة السرخسى : (الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى) .

فالحنفية استثنوا ما جرى به العرف وتعامل به الناس من غير إنكار من شرط المنفعة المفسد . ومثّلوا له بشراء حذاء بشرط أن يضع له البائع نعلاً (أو كعباً) ، أو صنوفاً منسوجاً ليجعله له البائع قلنسوة (أو معطفاً) . فهذا ونحوه من الشروط الجائزة عند الحنفية فيصح العقد بها ويلزم الشرط استحساناً للتعامل الذى جرى به عرف الناس . --

ومما بنوه على ذلك صحة عقد الاستصناع [1] . ومثـــال

-- ويرى الإمام زفر فساد هذا الشرط وفساد العقد المقترن به استناداً إلـى القياس ، لأن الأصل عنده فى الشروط المقترنة بالعقد هو الحظر وخاصـة إذا كانت هذه الشروط تخالف مقتضى العقد ، وهذه الشروط فيها نفع لأحـد المتعاقدين وهو المشترى هنا لكن الناس تعاملوها ، وبمثله يترك القيـاس. (الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ، جـ ٢ ، ص ٩٨) .

ونص ابن عابدين ـ رحمه الله ـ على اعتبار العرف الحادث ، فلـو حدث عرف فى بيع الثوب على أن يرفوه له البائع يكون معتبراً ، إذا لـم يؤد إلى المنازعة . ويرى ابن عابدين رداً على زفر أن العـرف قـاض على القياس . (رد المحتار ، جـ ٤، ص ١٢٣، بدائع الصنائع ، جـ ٥، ص ١٧٠ ، العناية شرح الهداية ، جـ ٦ ، ص ٧٨ ، الأشباه والنظـائر ، لابن نجيم ، ص ٤١) .

(١) والاستصناع فى اللغة ـ مصدر استصنع الشئ : أى دعا إلى صنعـه . ويقال اسطنع فلان باباً : إذا سأل رجلاً أن يصنع له باباً ، كما يُقال اكتتب أى أمر أن يكتب له . (لسان العرب ، مادة " صنع ") .

وفى الاصطلاح : هو عقد على مبيع فى الذمة شرط فيه العمل ، فإذا قـال شخص لآخر من أهل الصنائع : اصنع لى الشئ الفلانى بكذا درهماً وقبـل الصانع ذلك انعقد استصناعاً عند الحنفية . (المبسوط ، طبعـة السـعادة ، جـ ١٢ ، ص ٣٨) .

أو هو بيع سلعة ليست عنده على غير وجه السلم . (كشاف القنـاع ، طبعة أنصار السنة المحمدية ، جـ ٣ ، ص ١٣٢) .

والاستصناع عند الحنفية يعتبر عقد مسـتقل مشـروع علـى سـبيل الاستحسان . ويرى زفر أنه غير صحيح أخذا بالقياس ، لأنه بيع معدوم . ووجه الاستحسان : استصناع الرسول الخاتم ، والإجماع من لدن --

هذا الشرط شراء الساعة بشرط أن يصلحها البائع مدة معينة معلومة كسنة مثلاً ، وشراء الملابس المخيطة على أن يصلحها البائع حتى تكون بشكل مخصوص ، وكاشتراط المشترى على البائع عملاً معيناً فى المبيع كأن يحصد له الزرع أو توصيل الطعام إلى بيته .

ويرى الحنابلة : أنه لو شرط المشترى على البائع عملاً معيناً فى المبيع كأن يحصد له الزرع أو يخيط له الثوب أو يجعل له الطعام إلى منزله ، فإن البائع يلزمه ذلك العمل وفاء بما شرط على نفسه ، فلو تعذر ذلك بهلاك السلعة أو موت البائع كان للمشترى الرجوع بأجرة المثل كما لو فسخت الإجارة لفوات حملها وكان الأجر مقبوضاً فإنه يجب الرجوع على المؤجر بقيمة المنفعة (1) .

== رسول الله دون نكير وتعامل الناس بهذا العقد والحاجة الماسة إليه . (فتح البارى ، جـ ١١ ، ص ٤٥٤ ، ط عبد الرحمن محمد ، بدائع الصنائع ، جـ ٦ ، ص ٢٦٧٨ ، فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ٣٥٦) .

(1) المغنى ، جـ ٤ ، ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ .

ولو شرط عليه أن يحمل متاعه إلى منزله والبائع لا يعرفه فلهم فيه وجهان . (كشاف القناع ، جـ ٣ ، ص ١٩١) .

واستثنى الحنابلة من جواز اشتراط النفع المعلوم ، ما لو جمع فى الاستثناء بين شرطين وكانا صحيحين ، كحمل الحطب وتكسيره ، أو خياطة الثوب وتفصيله ، فإن البيع لا يصح لحديث عبد الله بن عمر ــ رضى الله عنهما ــ أن النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال : ==

خامساً : اشتراط صفة مقصودة تتعلق بمصلحة العقد ويتم البيع على أساس تلك الصفة

أجاز الشافعية اشتراط صفة مقصودة تتعلق بمصلحة العقد ، ولا تتوقف على أمر مستقبل [1] ، فإذا اشترط المشترى كون العبد كاتباً أو الدابة حاملاً صح العقد مع الشرط وللمشترى الخيار إن تخلف الشرط ، للأسباب الآتية :

= " لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك " .

أما إن كان الشرطان المجموعان من مقتضى العقد ، كاشتراط حلول الثمن مع تصرف كل منهما فيما يصير إليه ، فإنه يصح بلا خلاف ، أو يكوناً من مصلحة البيع، كاشتراط رهن وكفيل معينين بالثمن ، فإنه يصح، كما لو كانا من مقتضاه . (المغنى ، جـ ٤ ، ص ٢٨٥ ، الشرح الكبير ، جـ ٤ ، ص ٥٢) .

(١) **عند الشافعية :** اشتراط ما يقتضيه العقد ، أو يتعلق بمصلحته أو بصحته صحيح ، واشتراط ما لا غرض فيه لاغ ولا يفسد العقد .

أما الشرط الذى لا يتعلق بمصلحة العقد ، إما أن لا يكون فيه غرض يورث تنازعاً ، كشرط أن لا تأكل الدابة المبيعة إلا كذا ، فهو لاغ والعقد صحيح ، وذلك كاشتراط ما يخالف مقتضاه .

وإما أن يكون فيه غرض يورث تنازعاً ، فهذا هو الفاسد المفسد ، كالأمور التي تنافى مقتضاه ، نحو عدم القبض ، وعدم التصرف ونحو ذلك .

وعند الظاهرية : هذا الشرط صحيح ، لأن التراضى عندهم يكون على صفات المبيع وصفات الثمن ضرورة .

١ــ لأن الشرط يتعلق بمصلحة العقد وهو العلم بصفات المبيع التى تختلف بها الأغراض .

٢ــ لأنه التزم موجودا عند العقد ولا يتوقف التزامه على إنشاء أمر مستقبل وهذا هو حقيقة الشرط .

فلا يدخل عندهم فى النهى عن بيع وشرط وإن سمى شرطا تجوزا ، فإن الشرط المؤثر عندهم لا يكون إلا مستقبلا[١] .

والدليل على صحة هذا الشرط :

قوله تعالى : " إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"[٢]. تدل هذه الآية الكريمة على : تحريم أكل المال بالباطل، تحريم أكل المال بغير عوض . فكل تصرف يؤدى إلى ذلك محرم[٣].

أما الشروط التي تتضمن التزام أحد المتعاقدين بأمر معين يأتيه بعد العقد ، فهذه هى المقصودة بالنهى عندهم ، وهى تشمل جميع الشروط المقارنة المتوقفة على إنشاء أمر فى المستقبل ، أما الشرط المقارن المتعلق بأمر يطلب المتعاقد وجوده عند العقد فهذا مباح عندهم ، ومثل هذا الشرط المقارن الصحيح ــ يتعلق بالاستقراء ــ بصفات المبيع (أو الثمن) .

ويكفى عندهم أن يوجد من الوصف ما ينطبق عليه الاسم ويرجع إلى العرف فى تحديد الوصف وإذا تخلف

---

(١) نهاية المحتاج ، جــ ٣، ص ٦٥ ، شرح المحلى وحاشية القليوبى عليه، جــ ٢ ، ص ١٨٠ .

(٢) من سورة النساء : الآية (٢٩) .

(٣) تفسير الطبرى، جــ٣، ص٥٤٩، أحكام القرآن، للجصاص، جــ ٢، ص٢٠٩.

الشرط فالمشترط بالخيار ، أى إن شاء فسخ العقد ، لأن الشرط صحيح، وإن شاء أبقى ، فإذا أخلف إلى ما هو أعلى فلا خيار، كأن شرط ثيوبتها فخرجت بكرا فلا خيار ، وقالوا هنا إنه لا أثر لفوات غرضه لنحو ضعف آلته ، إذ العبرة عندهم بالأعلى دائما [1] . كاشتراط الرجل فى النكاح أن تكون المرأة بكرا وغير ذلك من الأوصاف التى يرغب فيها عادة . وكاشتراط وصف مرغوب فى البيع ، ككون الأرض لها شرب أو مصرف ، أو اشتراط الزوجة فى المهر وصف معين كحلوله أو تأجيله .

والشافعية يفرقون بين صيغة الأمر وصيغة الشرط فى الحكم . فإذا جاء الإلزام بصيغة الأمر فالعقد صحيح ولا إلزام على الطرف الآخر ، كأن يقول المشترى لبائع الثوب خطه بصيغة الأمر فالعقد صحيح ولا إلزام على البائع بأن يخيط الثوب. بعكس ما لو قال له اشتريت منك الثوب بشرط أو على أن تخيطه ، فالشرط فاسد ويفسد به العقد لاشتماله على شرط عمل فيما لم يملكه وقت الانعقاد . ولأنه جاء بصيغة الشرط وليس بصيغة الأمر لأن الأمر بشئ مبتدأ غير مقيد لما قبله بخلاف الشرط فهو مقيد لما قبله .

وقالوا أيضاً إنه إذا تضمن الشرط إلزام المتعاقد بعمل فيما يملكه كأن اشترى ثوباً بشرط أن يبنى حائطه فإن العقد

---

(١) المرجع السابق ، جـ ٣ ، ص ٦٠ .

يصح عندهم ولا يؤثر الشرط الباطل على العقد [(١)] .

وقال الشافعية أيضاً : باستثناء البيع بشرط الرهن للحاجة إليه لاسيما فى معاملة من لا يعرف حاله . ويُشترط عندهم لصحة هذا الشرط :

١ـ العلم بالرهن إما بالمشاهدة أو الوصف مع الرؤية لأنه معين وليس موصوف فى الذمة .

٢ـ أن يكون المرهون شيئاً غير المبيع ، فلو شرط رهن المبيع ولو بعد قبضه فسد عند الشافعية ؛ لأنه لا يملكه إلا بعد البيع ، فهو بمنزلة استثناء منفعة المبيع ، وهذا ممنوع عندهم ، لكن لو رهنه بعد قبضه بلا شرط صح [(٢)] .

سادساً : الشرط الذى يحقق مصلحة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق

مثل اشتراط منفعة للبائع فى المبيع (ويُقاس على البيع سائر عقود المعاوضات المالية) .

والأصل فى هذه الشروط أنها صحيحة إلا إذا كانت محرمة شرعاً أو غير ممكنة ، وهذا النوع ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا ينافى مقتضاه [(٣)] .

---

(١) نهاية المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٦٢ .

(٢) نهاية المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٦٠ ، حاشية عميرة على شرح المحلى ، جـ ٢ ، ص ١٧٧ .

(٣) توسع الحنابلة فى الأخذ بهذا الشرط لحديث جابر الخاص باستثناء --

ودليل صحة اشتراط هذا الشرط :

حديث جابر ــ رضى الله عنه ، حين باع جمله إلى النبى ــ صلى الله عليه وسلم ، إذ قال (فبعته واستثنيت حملانه إلى أهلى) .

وحديث جابر أيضا ، أن النبى ــ صلى الله عليه وسلم (نهى عن المحاقلة والمزابنة والثنيا إلا أن تعلم) ، والمراد بالثنيا الاستثناء . وقياسا على ما لو باعه دارا مؤجرة .

وهذه المنفعة إما أن تكون يسيرة لا تؤدى إلى المنع من التصرف فى أصل المبيع ، مثل : اشتراط بائع الدار سكناها مدة يسيرة كشهر أو شهرين ، أو ركوب الدابة ثلاثة أيام .

فهذا الشرط جائز عند المالكية لحديث جابر .

وجائز عند الحنابلة وخاصة إذا جرى العرف به [١] .

== منفعة الجمل المباع لمصلحة البائع ، ولم يحاولوا تأويل الحديث ولا صرفه عن ظاهره ، وتوسعوا فى تفسير الحديث وأجازوا للبائع إجارة وإعارة ما استثنى من النفع كالمستأجر تماما وأجازوا للمشترى أن يشترط نفعا فى المبيع كشرط حمل الحطب المبيع أو تكسيره ، وكشرط خياطة الثوب أو تقصيره .

كما أباحوا للمشترى أيضا أن يتصرف فيما استثنى نفعه مدة معلومة مثل اشتراط بائع السيارة توصيله إلى موضع معلوم فيصح كحبسه على ثمنه . (كشاف القناع ، جـ ٢ ، ص ٣٦) .

(١) الشرح الكبير ، جـ ٤ ، ص ٥٦ ، فتاوى ابن تيمية ، جـ ٣ ، ص ٣٢٨ ، ٣٤٤ .

أما إذا كانت المنفعة المشترطة من أحد المتعاقدين كبيرة بحيث تؤدى إلى المنع من التصرف فى أصل المبيع ، وكانت هذه المنفعة لم يجربها عرف، مثل : اشتراط بائع الدار سكناها ستة أشهر فأكثر . فهذا الشرط غير جائز للأسباب الآتية :

- أنه قد يقترب من الشرط الذى ينافي مقتضى العقد مثل أن يبيع الأمة على ألا يطأها أو لا يبيعها .
- أن هذا الشرط من الثنيا المنهى عنها .
- هذا الشرط يلزم المشترى بمنفعة زائدة على مقتضى العقد المطلق ولم يرد به نص ولا اقتضاه عرف .

وحينئذ يفسد البيع به ولا يستتبع أثره الذى هو الملك إلا إذا قبض المشترى المبيع بإذن البائع صراحة أو دلالة .

ومثل هذا لو شرط المشترى على البائع أن يدفع أجرة نقل المبيع إلى بلد معين وهو بتلك الأوصاف السابقة فإن البيع يفسد بهذا الشرط .

ويرى الأحناف : أن كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، أو فيه نفع للمبيع إذا كان المبيع من أهل الاستحقاق للنفع بأن يكون آدمياً (الرقيق) فاسد. ويجب أن يكون الشرط مع هذا لم يرد به نص ولم يجر به عرف [1] .

---

(١) لما كان الأحناف يأخذون بالقياس ويعللون الأحكام الوارد بها النص =

ويعلل الأحناف فساد الشرط الذى فيه نفع لأحد المتعاقدين ، بأن المتعاقدين إذا قصدا المقابلة بين المبيع والشرط فقد خلا الشرط عن العوض فكان شرطا مستحقا بعقد معاوضة خاليا عن العوض فيكون ربا ، وكل عقد بشرط الربا يكون فاسدا [١] .

وقد قرر الفقهاء : إن هذا النوع من الشروط يؤثر فى العقد بالفساد فلا يترتب على انعقاده أى أثر ما لم يحصل

-- الشرعى فإن ذلك قد فتح لهم بابا واسعا فى تطبيق العرف مع وجود النص الناهى ، وهذا الاتجاه فتح لهم بابا واسعا جعلهم يبتعدون إلى حد كبير عن قاعدة أن الأصل فى الشروط الإباحة لا الحظر . (المدخل للفقه الإسلامى ، الأستاذ الدكتور / محمد سلام مدكور ، ص ٦٦١ ، حاشية ابن عابدين ، جـ ٥، ص ٨٧ ، ٨٨ ، تبيين الحقائق ، جـ ٤ ، ص٥٧).

(١) حاشية ابن عابدين ، جـ ٥ ، ص ٨٥ ، ٨٦ .

يرى المالكية : أن الشرط فى البيع يقع على ضربين :

أحدهما : أن يشترط الشرط بعد انقضاء الملك مثل أن يبيع الأمة أو العبد ويشترط أنه متى عتق كان ولاؤه دون المشترى .

وقالوا : أن الشرط باطل والعقد صحيح لحديث بريرة .

الثانى : هو الشرط الذى يقع فى مدة الملك ، وهذا الشرط ينقسم عندهم إلى ثلاثة أقسام :

الأول : أن يشترط فى المبيع منفعة لنفسه .

الثانى : أن يشترط على المشترى منعا من تصرف عام أو خاص .

الثالث : أن يشترط إيقاع معنى فى المبيع .

(المدونة الكبرى ، جـ ٩ ، ص ١٥٢) .

القبض ، ولكن ليس ذلك عاماً في جميع العقود ، بل في طائفة منها حصرها بوجه عام في عقود المعاوضات المالية المحضة كالبيع بأنواعه المطلقة والسلم والصرف والمقايضة وكالإجارة والمزارعة والمساقاة والصلح بمال عن مال [1] .

أما غيرها من عقود المعاوضات غير المالية كالنكاح والخُلع على مال وعقود التبرعات كالهبة والقرض والوديعة والعارية والوصية والحوالة والكفالة والرهن وما شابهها فلا أثر لهذا الشرط فيها ، بل يلغون الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً يترتب عليه أثره .

الشروط الفاسدة

عند الحنفية : الشرط الفاسد هو الذى لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به نص ولم يجر به عرف ، وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما عند بعض الفقهاء .

وعند الحنابلة : الشروط الباطلة أو الفاسدة هى التى لم يرد بشأنها نص يحكم بجوازها أو إجماع على اعتبارها صحيحة . مثل اشتراط البائع الانتفاع بالعين المبيعة ، وفى عقد العارية أو الشركة أو القرض اشتراط التأجيل وعقدها إلى مدة معينة ، وفى الوقف اشتراط الواقف تأقيت الوقف بمدة

---

(١) الملكية ونظرية العقد ، للأستاذ الدكتور / أحمد فراج ، ص ٢٠٠ .

معينة أو بيعه إن احتاج إلى بيعه [1] .

وأشير فيما يلى إلى أهم أنواع الشروط الفاسدة .

النوع الأول : أن يشترط عقداً فى عقد :

مثل اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر عقداً آخر كسلف أو قرض أو بيع .

ومثال ذلك : أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر أو يشترى منه أو يؤجره أو يزوجه [2] .

النوع الثانى : اشتراط ما ينافى مقتضى العقد :

الشرط الذى ينافى مقتضى العقد هو ما ينافى ما شرع العقد لأجله ، كاشتراط عدم انتقال العوضين فى المعاوضات مما يؤثر على وجود الرضا نفسه الذى هو أساس التعاقد[3] .

وهذا الشرط لا يترتب عليه فائدة مقصودة .

---

(١) المغنى ، جـ ٤، ص ٢٨٦، كشاف القناع، جـ ٣، ص ١٩٤، ويراجع للظاهرية المحلى ، جـ ٢ ، ص ٣١٤ .

(٢) هذا النوع من الشروط من جنس الشروط المتعلقة باستثناء منفعة للمبيع، فهى ليست من مقتضى العقد ولكن لا تنافى مقتضاه ، وقد أبطل الحنابلة هذا النوع من الشروط لأنه من باب بيعين فى بيعة وصفقتين فى صفقة .

وقد نهى الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن صفقتين وعن بيع وسلف ، والنهى يدل على فساد المنهى عنه وبطلانه . (المغنى ، جـ ٤ ، ص ٢٨٦) .

(٣) النظريات العامة فى المعاملات فى الفقه الإسلامى ، الأستاذ الدكتور / حسن على الشاذلى ، ص ١٥٣ .

ومثال ذلك : أن يشترط المضارب أو صاحب رأس المال أنه لا خسارة عليه في المضاربة ، أو يشترط البائع على المشترى ألا ينتفع بالعين المبيعة أو أن ينتفع بها على نحو معين ، أو شرط أحد الشركاء في عقد الشركة أن يكون له مبلغ معين من الربح ، فهذا الشرط ينافى مقتضى عقد الشركة لأن مقتضاه الاشتراك في الربح الناتج من التجارة ، فقد لا تربح الشركة إلا هذا المقدار الذى اشترطه أحد الشركاء ، فإذا أخذه عملا بموجب الشرط لم يوجد الاشتراك في الربح الذى هو موجب عقد الشركة ومقتضاه فاشتراطه مبطل للعقد .

وهذا الشرط يعتبر من الشروط الفاسدة ، ولا أثر لاشتراطه في العقد الذى يوجد فيه سواء أكان من عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة ونحوهما ، أم كان من عقود المعاوضات غير المالية وعقود التبرعات كالنكاح والهبة وما أشبههما [1] .

---

(١) عند الشافعية : كل شرط مناف لمقتضى العقد باطل ، ويبطل العقد الذى يشترط فيه ويجعله كأن لم يكن سواء كان من عقود المعاوضات أم من عقود التبرعات ؛ لأن هذا الشرط لما خالف مقتضى العقد كان باطلا للأدلة الكثيرة على ذلك ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " . (حاشية الجمل على شرح المنهج ، جـ ٣ ، ص ٧٤ ، ٧٥ ، المهذب ، جـ ٢ ، ص ٦١٢ ، مختصر المزنى بهامش الأم ، ص ٢٠٣) .

وهذا الشرط فاسد لانتفاء الرضا بالعقد عند فوات الشرط ، وذلك لأن الشرط لما خلا عن الفائدة التى تعود على المشروط له فلم يتحقق الربا المؤثر فى العقد بالفساد . وكذلك لم ينتف الرضا بالعقد بإلغائه وإمضاء العقد بدونه وإذا انتفت علة الفساد كان العقد صحيحاً يستتبع حكمه وأثره الذى وضع شرعاً لإفادته (١) .

النوع الثالث : التعليق :

فيرى الشافعية والحنابلة (٢) عدم جواز تعليق عقود التمليك كقول البائع : بعتك إن جئتنى بكذا أو إن رضى فلان ،

= **وعند الحنفية** : يخالف زفر فيقول لا يصح هذا الشرط .

(١) **عند المالكية** : تفصيل فى الشرط الذى يتصور حصوله عند إبرام العقد، فقالوا إنه إما أن لا يقتضيه العقد وينافى المقصود منه ، وإما أن يخل بالثمن ، وإما أن يقتضيه العقد ، وإما أن لا يقتضيه ولا ينافيه .

فالذى يضر بالعقد ويبطله هو الشرط الذى فيه مناقضة المقصود من العقد أو إخلاله بالثمن .

ومثال الأول : وهو الذى لا يقتضيه العقد وينافى المقصود منه أن يشترط البائع على المشترى أن لا يبيع السلعة لأحد أصلاً أو ألا يهبها أو لا يركبها أو لا يسكنها وغير ذلك . (حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ ٣ ، ص ٦٥) .

وعند الحنابلة : اشتراط ما ينافى العقد شرط فاسد ، مثل اشتراط البائع على المشترى أن لا يبيع المبيع . (كشاف القناع ، جـ ٣ ، ص ١٩٤) .

(٢) المغنى ، جـ ٤ ، ص ٢٠٣ .

أو يقول للمرتهن : إن جئتك بحقك فى محله وإلا فالرهن لك مبيعا بما لك . فمثل هذا الشرط لا ينعقد معه العقد .

ويجيز الحنابلة [1] تعليق الإسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق . ويصح عندهم تعليق فسخ غير خلع بشرط ، كبعتك على أن تنقدنى الثمن إلى كذا ، أو على أن ترهنه بثمنه ، وإلا فلا بيع بيننا وينفسخ إن لم يفعل [2] .

ويصح قول البائع بعت وقول المشترى قبلت إن شاء الله، كما صح بيع العربون وإجارته ، وهو أن يشترى شيئا أو يستأجره ويعطى البائع أو المؤجر بعض المسمى ويقول : إن أخذته فهو من الثمن وإلا فهو لك ، فإن تم العقد فما دفع عربونا يحتسب من الثمن والأجرة ، وإن لم يتم كان للبائع المؤجر .

بخلاف ما لو دفع إليه مبلغا من النقود قبل البيع ، وقال له لا تبع هذه السلعة لغيرى ، وإن لم اشترها فالمبلغ لك ، ثم اشتراها منه وحسب المبلغ من الثمن صح ، وإن لم يشترها فلصاحب المبلغ الرجوع فيه .

والمقبوض بعقد فاسد لا يملك به ولا ينفذ تصرفه فيه ، ويضمنه كالغصب ويلزمه رد النماء المنفصل والمتصل ،

---

(١) كشاف القناع ، جـ ٢ ، ص ٤١ .

(٢) الملكية ونظرية العقد ، الأستاذ الدكتور / أحمد فراج حسين ، ص ١٩٠.

وأجرة مثله مدة بقائه فى يده وإن نقص ضمن نقصه وإن تلف فعليه ضمان قيمته [1] .

أثر الشروط الباطلة أو الفاسدة على العقد

عند الحنفية : الشرط إما أن يكون باطل أو فاسد .

فالشرط الباطل : وهو ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به النص ولم يجر به العرف وليس فيه منفعة مقصودة فى العرف والعادة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما .

مثل : اشتراط البائع على المشترى أن لا ينتفع بالمبيع مدة معينة ، أو أن ينتفع به على نحو معين ، وما أشبه ذلك من كل شرط لا يترتب عليه فائدة مقصودة .

وحكم هذا القسم من الشروط أنه لا أثر لاشتراطه فى العقد الذى يوجد فيه سواء كان من عقود المعاوضات المالية أم من عقود المعاوضات غير المالية أم كان من عقد التبرعات . أى أن هذا الشرط يبطل وحده ويبقى العقد صحيحا[2] .

والعلة فى ذلك : أنه ليس لأحد العاقدين فيه منفعة . فعلة فساد الشرط وهى الربا على حسب ما قرره علماء الحنفية

---

(1) الملكية ونظرية العقد ، الأستاذ الدكتور / أحمد فراج حسين ، ص ١٩١، والإقناع ، جـ٢ ، ص ٨١ .

(2) فتح القدير ، طبع المطبعة الأميرية ، جـ ٥ ، ص ٢١٤ ، الملكية ونظرية العقد ، الأستاذ الدكتور / أحمد فراج حسين ، ص ١٩٥ .

منتفية . وكذلك انتفاء الرضا بالعقد عند فوات الشـــرط . فلمـــا خلا الشرط عن الفائدة التى تعود على المشروط له ، لم يتحقــق الربا المؤثر في العقد بالفساد وكذلك لم ينتف الرضا بالعقد عنــد إلغائه وإمضاء العقد بدونه ، ومتى انتفت علة الفساد كان العقــد صحيحا يستتبع حكمه ويترتب عليه أثره الذى وضــ ــرعا لإفادته .

أما الشرط الفاسد عند الحنفية : وهو الذى لا يقتضيـــه العقد ولا يلائمه ولم يرد به نص ولم يجر به عرف وكان فيـــه منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما . وذلك كأن يشـــرط البـــائع على المشترى أن يسكن الدار المبيعة مدة معلومة بعد البيـــع إذا لم يجر العرف به [1] ، أو يشترط المؤجر على المســـتأجر أن يقرضه مبلغا من المال ، أو أن يعطيه مقدارا معينا من الــزرع الذى تخرجه الأرض المستأجرة علـــى وجــه الهبــة ، أو أن يشرط ولى الزوجة على الزوج أن لا يخرجها من بيت أهلــها ، أو أن يشترط الواهب على الموهوب لـــه أن يتصــدق بــالعين الموهوبة ، أو أن يبيعها لشخص معين ، أو أن يقضى بها دينــا عليه لإنسان معين إلى غير ذلك من الشروط التى لا يقتضيـــها العقد ولا تلائمه ولم يرد بها نص ولم يجر بها عرف .

فهذا الشرط لا يصح اشتراطه ولا يجوز الوفاء بـــه وإذا

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٥، ص ٨٤، ٨٥ ، المبسوط، جـ ١٣، ص١٥.

اشترط فى عقد من العقود فيختلف حكم الشرط الفاسد باختلاف العقد الذى يقترن به .

والقاعدة فى ذلك عندهم : أن الشرط الفاسد إذا اقترن بعقد من عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة والقسمة ونحوها أى عقود مبادلة المال بالمال أبطله .

أما إذا اشترط فى عقود المعاوضات غير المالية كالزواج والخُلع أو فى عقود التبرعات كالهبة والوصية ، أو فى عقود التوثيقات كالرهن والكفالة والحوالة ، فإن الشرط يلغو وحده ويبقى العقد صحيحاً .

والسر فى ذلك : أن الشروط الفاسدة من باب الربا وهو مختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من غير المالية والتبرعات [1] . أى أن المتعاقدين لما قصدا المقابلة بين العوض والمعوض خلت المنفعة التى يشتمل عليها الشرط من مقابل فيكون ربا ، ووجود الربا فى عقود المعاوضات المالية

---

(١) الملكية ونظرية العقد ، الأستاذ الدكتور / أحمد فراج حسين ، ص ١٩٤.

وجاء فى تبيين الحقائق : أن حقيقة الشروط الفاسدة هى زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه ، لأن الربا هو الفضل الخالى عن العوض وهو يختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخُلع ونحو ذلك من التبرعات . (تبيين الحقائق ، جـ ٤ ، ص ١٣١) .

يفسدها [1] .

وعند الشافعية : الشرط الذى يخالف مقتضى العقد ولم يرد الشرع بجوازه قد يكون فيه منفعة مقصودة للشارط فى عرف الناس وعاداتهم ، وقد لا يتضمن منفعة تقصد فى عرف الناس وعاداتهم [2] .

فإن كان الشرط المخالف لمقتضى العقد فيه منفعة مقصودة للشارط فى عرف الناس وعاداتهم ، أو يخل بشرط من الشروط المعتبرة فى صحته شرعاً ، فإن هذا الشرط يبطل العقد الذى يقترن به ويجعله كأن لم يكن ، سواء كان من عقود المعاوضات أم من عقود التبرعات .

للأدلة الكثيرة الدالة على بطلان كل شرط يخالف مقتضى العقد ومنها :

- قوله صلى الله عليه وسلم : " كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل " .
- إذا أبطل الشرط ـ الذى اشترطه أحد المتعاقدين لتحقيق منفعة مقصودة له وجب أن يبطل العقد أيضاً لفوات الرضا به حينئذ من الشارط لأنه لم يرض بالعقد إلا بتحقق ما شرط فيه . فإذا ألغى الشرط وبطل فات رضاه بالعقد

---

(١) الشروط الشائعة فى المعاملات ، ص ٣٤٦، المعاملات الشرعية المالية، لأحمد إبراهيم بك ، دار الأنصار بالقاهرة ، ص ١٠٠ .

(٢) المهذب ، جـ ٢ ، ص ٦١٢ .

والرضا شرط فى صحة العقود جميعها ، فانعدامه يوجب بطلانها وعدم انعقادها [1] .

ولذلك حكموا بفساد عقد البيع إذا اشترط البائع أو المشترى فيه شرطاً يخالف حكمه كأن يشترط البائع على المشترى ألا يتصرف فى العين المبيعة بالبيع أو الهبة أو الرهن .

وأيضاً : اشتراط ما يؤدى إلى الجهالة والغرر فى المبيع أو الثمن أو فى العقد كشرط الخيار إلى مدة مجهولة .

ومثاله فى عقد الهبة : اشتراط الواهب على الموهوب له ألا يقبض العين الموهوبة فإنه شرط مخالف لمقتضى العقد فيفسده .

ومثاله فى عقد الرهن : اشتراط الراهن على المرتهن بقاء العين المرهونة تحت يده .

فهذه كلها شروط فاسدة تفسد العقد الذى تقترن به ؛ لأنها تخالف مقتضى العقد .

وعند الحنابلة فى رواية : أن الشروط التى تنافى مقتضى العقد ولا تلغى المقصود منه مثل اشتراط البائع على المشترى ألا يبيع العين التى اشتراها أو يهبها أو لا ينتفع بها

---

(١) وبناء على هذا حكموا بفساد النكاح وبطلانه إذا اشترط فيه أحد الزوجين الخيار لنفسه أو لغيره مدة معلومة لمخالفة هذا الشرط لمقتضى النكاح وحكمه وهو اللزوم .

تعتبر شروط فاسدة لكنها لا تفسد العقد .

وفى رواية أخرى : تفسد العقد [1] .

وإن كان الشرط الذى يخالف مقتضى العقد لا يتضمن منفعة تقصد فى عرف الناس وعاداتهم . فإنه لا أثر له فى العقد أصلاً . فيلغى الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً .

وذلك لأنه لما خلا عن الفائدة فلا يترتب على إلغائه فوات الرضا بالعقد ممن اشترطه حتى يحكم ببطلانه كما هو الحال فى الشروط التى تفسد العقد .

ومثال هذا النوع من الشروط : اشتراط المرأة فى عقد النكاح أن يطعمها زوجها طعاماً معيناً أو يلبسها نوعاً معيناً من الثياب .

وكذلك اشتراط الراهن على المرتهن أن يطعم المرهون طعاماً معيناً ، أو اشتراط المرتهن على الراهن ألا ضمان عليه فى الأعيان التى يغاب عليها ويمكن إخفاؤها كالكتب والثياب والحلى والسلاح [2] ، فإنه شرط باطل فى نفسه والعقد المقترن به صحيح .

وذهب الحنابلة أيضاً إلى أن : الشروط غير الصحيحة لا تؤثر على العقد فلا يفسد بها العقد عندهم مادام الشرط

---

(١) المغنى ، جـ ٤ ، ص ٢٨٦ .

(٢) فتاوى الشيخ عليش ، جـ ١ ، ص ١٩٨ .

واحداً ، فإن كان شرطين فسد بهما العقد ، لحديث النهى عن الشرطين فى البيع .

واستدل الحنابلة على ذلك بحديث بريرة ، إذ أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أبطل شرط الولاء للبائعين ولم يبطل العقد [١] .

وعند الظاهرية : الشروط الباطلة أو الفاسدة هى كل شرط لم يرد النص بجوازه ولم يصح الإجماع على اعتباره . مثل اشتراط البائع الانتفاع بالعين المبيعة . وفى عقد العارية أو الشركة أو القرض اشتراط التأجيل وعقدها إلى مدة معينة . وفى الوقف اشتراط الواقف تأقيت الوقف بمدة معينة أو بيعه إن احتاج إلى بيعه .

وحكم هذا النوع من الشروط هو حُرمة اشتراطها وبطلان العقد المقترن بأى شرط منها سواء كان عقد معاوضة أو عقد تبرع .

وقد علل ابن حزم ذلك البطلان بما خلاصته : أن العقد إذا اشترط فيه شرط كانت صحته مرتبطة بذلك الشرط وكان موقوفا على تمامه وهو العقد ، لأن المبنى على باطل فهو باطل [٢] .

---

(١) المغنى ، جـ ٤ ، ص ٢٠٥ .

(٢) المحلى ، جـ ٢ ، ص ٣١٤ .

ويرى أحمد إبراهيم بك : أن العقود من حيث اقترانـــها بالشرط تنقسم إلى قسمين :

الأول : يشمل العقود التي يختلف حكمها بـــاختلاف مـــا يصاحبها من الشروط ، فإذا اقترنت بالشرط الصحيح صـــحت هي ووجب الوفاء بالشرط ، وإذا اقترنت بالشرط الفاسد فســـدت هي أيضا تبعا لفساد الشرط ، وإذا اقـــترنت بالشـــرط البـــاطل صحت هي وبطل الشرط فقط ، وينتظم هذا القسم كل ما كـــان مبادلة مال بمال كالبيع أو مبادلة مال بمنفعة كالإجارة .

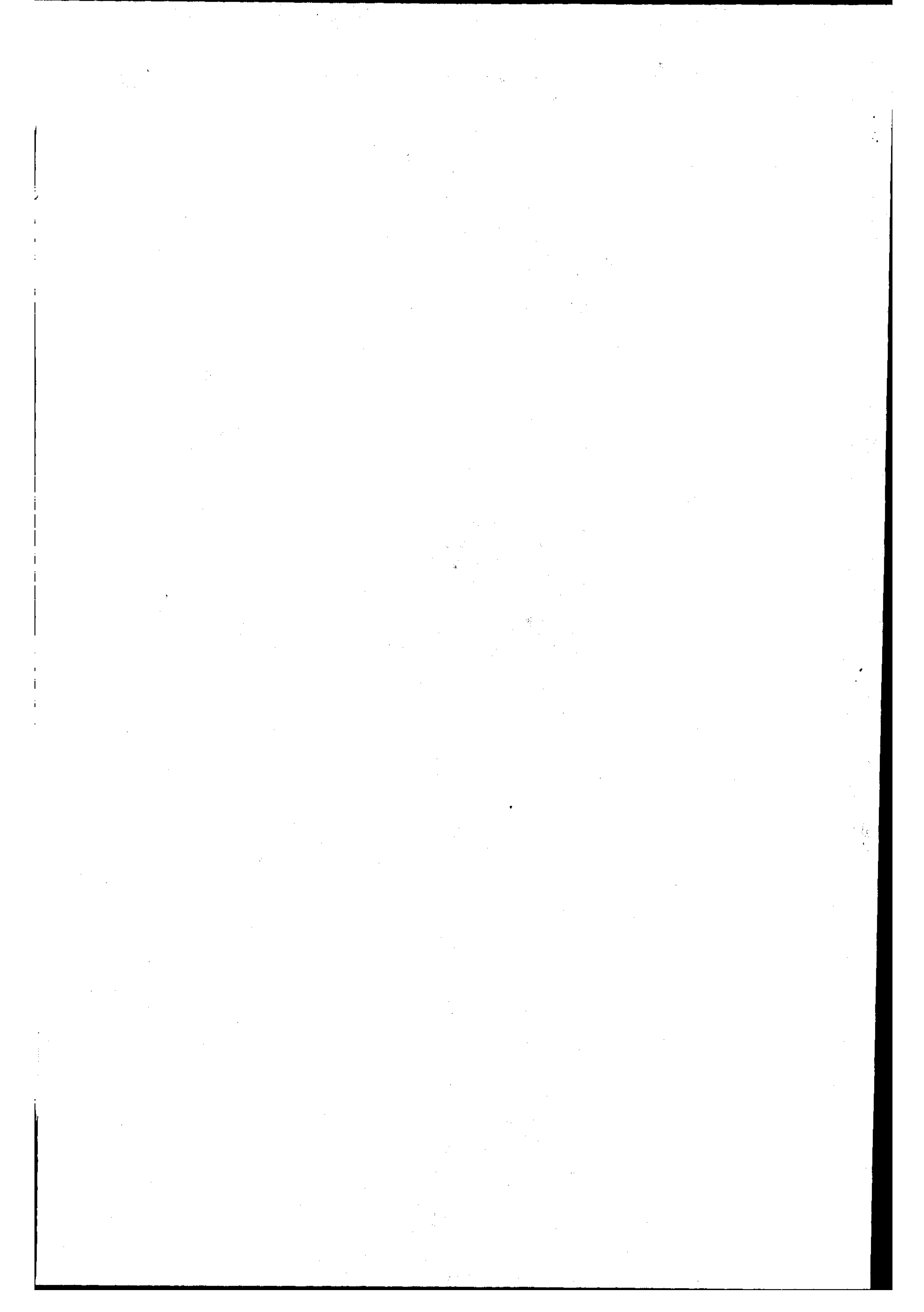
الثاني : يشمل كل العقود التي تصح إذا اقترنت بالشـــرط مطلقا ولا يفسدها الشرط الفاسد ، بل يلغـــى وحـــده ، ويدخـــل تحت هذا القسم جميع العقود ماعدا ما دخل منها تحـــت القســـم الأول [1] .

---

(١) المعاملات الشرعية المالية ، ص ١٠١ .

الفصل الثالث

الشروط المقترنة بعقد الزواج



تمهيد :

عرفنا مما سبق أن الإسلام خاتم الأديان أنزله الله تبارك وتعالى لبنى البشر جميعاً فى كل بقاع الأرض ولكل الأزمان والقرون إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها .

ولذلك شرعه الله جل وعلا ملائماً لكل زمان ومكان يسع أقضية الناس جميعاً ويقيم فيهم العدل ويحفظ ضرورياتهم ويوفر حاجياتهم وتحسيناتهم ويسعدهم فى عاجلهم وآجلهم .

وعرفنا مما مضى أيضاً أن مبدأ اتفاق الأطراف المعنية فى معاملات ما على شروط بعينها ليس فيه خروج على المنهج الإسلامى (مبدأ حرية الاشتراط فى العقود) .

فهل هذا المبدأ يتفق مع عقد الزواج ؟

أولاً : يجب أن نعرف أن الزواج أساسه سكن ومودة وليس شركة تجارية يتبارى كل طرف فى أن يخضع الآخر لإرادته وشروطه .

لأن الله سبحانه وتعالى جعل شريعة المسلمين مبنية على المودة والرحمة وجعل إقامة بيت المسلم أساسه الرابطة الإسلامية التى تربط بين الزوجين .

ثانياً : من هذا المنظور أباح الشرع لهما أن يشترطا حين إتمام زواجهما بعض الشروط حدد الشرع مراسمها وإطارها حتى لا تخرج عما يخالف أحكام الله .

كما جاء فى حديث الرسول ـ صلى الله عليه وسلم :

"كل شرط خالف حكم الله فهو باطل " .

ثالثاً : ذهب بعض دعاة الإصلاح الاجتماعى إلى أنه من الضرورى بعد صدور قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ [1] ، وما نتج عنه من تعديلات هامة فى مسائل الأحوال الشخصية من صدور تعديلات هامة فى وثيقة الزواج بما يضمن حقوق الزوج والزوجة .

وهو ما جاء بالفعل فى لائحة المأذونين الجديدة [2] وما تبعها من تعديلات هامة فى وثيقة الزواج .

رابعاً : وثيقة الزواج الجديدة وإن كانت قد اتفقت مع الوثيقة القديمة فى اشتمالها على بيانات الزوج والزوجة والوكيل والصداق والشهود .

ولكنها أتت ببعض الإضافات التى نأمل أن يكون لها أثر طيب فى مجتمعنا وأهمها ما جاء على الوجه الآخر للوثيقة من فراغ همش له بالنص (يجوز للزوجين الاتفاق على أية

---

(١) صدر هذا القانون فى ٢٢ شوال سنة ١٤٢٠ هـ الموافق ٢٩ يناير سنة ٢٠٠٠ ، ونشر فى الجريدة الرسمية فى نفس يوم صدوره ، وأصبح معمولاً به بعد شهر من تاريخ نشره ، أى ابتداء من أول مارس سنة ٢٠٠٠ . ويشتمل على ٧٩ مادة عدا مواد إصداره الست .

(٢) صدرت هذه اللائحة فى ٢٠٠٠/٥/١٨ بناء على قرار وزير العدل رقم ١٧٢٧ لسنة ٢٠٠٠ ، وبدأ العمل بها فى ١٦ أغسطس سنة ٢٠٠٠ .

أمور بشرط ألا يكون الاتفاق على أمر يحل حراماً أو يحرم حلالاً) ، ومن ثم فلا يجوز الاتفاق بين الزوجين على ما هو محرم شرعاً أو ممنوع قانوناً وكذلك لا يجوز أن يمس أى اشتراط حقوق الغير، وهذه الشروط تتعلق بأمور خاصة بإدارة العلاقة بين الزوجين بدءاً من الاتفاق على من تكون له ملكية منقولات الزوجية ، وكذلك من يكون له حق الانتفاع بمسكن الزوجية فى حالتى الطلاق أو الوفاة ، وكذلك عدم اقتران الزوج بأخرى إلا بموافقة كتابية من الزوجة ، وهناك أيضاً شرط الاتفاق على تفويض المرأة تطليق نفسها . كل هذه الشروط أجاز المشرع أن تلحق بالوثيقة بشرط ألا تحل حراماً أو تحرم حلالاً. هذا بافتراض حسن ، أن جميع الناس يعرفون الحلال من الحرام وتستطيع أن تعى كافة أمورها وتحيل كل أمر إلى نصابه ، ومما يجعل الشرط الذى يحرم الحلال أو يحل الحرام ملغياً إذا وضع .

وقد يوافق أحد الطرفين على شرط هو يعلم أنه حرام لمجرد الإرضاء لمن لا يعلم ، ثم بعد ذلك يدفع ببطلانه لأنه حرام . ومن ثم فإننى أحاول فى هذا الفصل بيان حكم الشرع فى هذه الأمور كلها فى مبحث تمهيدى وثلاثة مباحث أصلية :

المبحث التمهيدى : التعريف بوثيقة عقد الزواج وأنواع الشروط المقترنة بها .

المبحث الأول : الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء .

المبحث الثانى : الشروط غير الصحيحة باتفاق الفقهاء .

المبحث الثالث : الشروط المختلف فيها بين الفقهاء .

المبحث التمهيدى

التعريف بوثيقة الزواج وأنواع الشروط المقترنة بها

ويتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب هى :

المطلب الأول : التعريف بوثيقة عقد الزواج .

المطلب الثانى : أوصاف صيغة عقد الزواج .

المطلب الثالث : أنواع الشروط المقترنة بعقد الزواج .

المطلب الأول

تعريف وثيقة الزواج

عرف المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ [(١)] وثيقة الزواج الرسمية بأنها : التى تصدر من الموظف المختص بإصدارها بمقتضى وظيفته .

وقد بينت المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ م المقصود بالموظف المختص بأنه : القاضى والمأذون فى داخل الدولة والقنصل فى خارجها ، ولما أنشئت مكاتب التو[illegible] التابعة لمصلحة الشهر العقارى جعل توثيق زواج المسلم بالكتابية أمام الموثق بمكاتب توثيق الشهر العقارى .

---

(١) يعتبر هذا القانون هو الأساس للإجراءات الواجبة الاتباع فى منازعات الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين .

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٦ فبين المراد بالموظف المختص بتوثيق عقود الزواج بياناً مفصلاً وواضحاً ، فجعله المأذون بالنسبة للمقيمين داخل الدولة إذا كان الزوجان مسلمين .

أما إذا كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية كان يختص بتوثيق عقد زواجهما مكتب التوثيق بالشهر العقارى . وكذا إذا كان أحدهما ينتمى إلى دولة أخرى ولو كانا مسلمين .

وأما بالنسبة لمن كان خارج الدولة من المصريين ، فإن المختص بتوثيق زواجه هو الممثل الدبلوماسى أو القنصلى لجمهورية مصر العربية فى تلك الدولة ، وكذا لو كان أحد الزوجين ينتمى إلى دولة أخرى ، بشرط الحصول على ترخيص من وزارة الخارجية .

ولقد أبان الله سبحانه وتعالى فضل التوثيق خشية النسيان والجحود ، قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل "(١).

فتوثيق الحقوق شئ هام دعت إليه الشريعة الإسلامية ، وخاصة عقد الزواج فهو كلمة الله ، وهو الميثاق الغليظ ، كما وصفه القرآن الكريم .

فهذا العقد به تنشأ الأسر باسم الله وبفضله ويستمر نسل

---

(١) من سورة البقرة : الآية (١٨٢) .

الإنسان إلى آخر الزمان .

وإذا كان شرع الله قد أحاط هذا العقد بضماناته الموضوعية لأهمية آثاره على المجتمع ، فإن الدولة قد عنيت به توثيقاً ، وتصحيحاً . فمنذ أزمان بعيدة أسندته إلى القضاة يباشرونه ويوثقونه ، ولما اتسع العمران ، وتزايد السكان كانت وظيفة مأذون القاضى التى اختصرت وتعارفه الناس باسم المأذون ، فى عقود الزواج إجراءاً وتوثيقاً .

وهذا الاهتمام الشرعى بعقد الزواج يُظهر ما له من خطورة ومكانة على المستوى الاجتماعى إلى الدرجة التى جعلت الشارع الحكيم يتولى رعايته بنفسه ، فلم يتركه لنبى مرسل ولا لملك مقرب ، فقد بيّن سبحانه قواعده بتفصيل مُحكم وحدّد أحكامه على وجه قاطع، ولم يتركه للناس يقيمون قواعده وأصوله ويضعون نظمه وأحكامه بل تولاه الحق سبحانه وتعالى من فضله فوضع أصوله ونظم شرائعه ليكتسب بهذا قدسية وحماية ويشعر الزوجان أنهما يرتبطان برباط مقدس يظله الدين فى كل خطوة من خطواته وكل حركة من حركاته.

ومن هنا فإن المشرع المصرى حرصاً منه على تأكيد خطى الشارع الحكيم وإثبات كل حركة من حركاته وتوثيقها حتى تكون واضحة جلية لكل ذى عين قام بوضع اللوائح المنفذة لشرع الله حفاظاً له وحرصاً عليه وسياجاً مانعاً ضد من تحدثه نفسه بالاعتداء عليه ، ومن هذه اللوائح (لائحة

المأذونين الشرعيين) [١] .

والمأذون الشرعى هو مندوب الشرع الحنيف وهو المنفذ للقواعد والأصول والأحكام التى وضعها الإسلام لإتمام هذا العقد المقدس .

ويرجع تاريخ المأذونية إلى العصر الفاطمى ـ فقبل ذلك لم يكن هناك مأذون ولم يخصص أحد لعقد الزواج وإشهاد الطلاق .

فالزواج والطلاق كانا يتمان شفوياً دون حاجة إلى تسجيل . وعندما دخل الفاطميون مصر اشترطوا تسجيل عقود الزواج والطلاق وكان القاضى الشرعى هو الذى يقوم بذلك ، وعندما كثر عليه العمل كان القاضى الشرعى يعطى إذناً مكتوباً لأى شخص يختاره من العلماء ليقوم بتسجيل عقد زواج شخص ما ولم يكن من حقه أن يجرى عقد زواج آخر إلا إذا أذن له القاضى بذلك ، أى أن الإذن كان لمرة واحدة ـ ولعقد زواج شخص معين بالاسم ، وكان القاضى يسجل فى دفاتره أنه أذن للعالم الفلانى بتسجيل عقد زواج فلان الفلانى على

---

(١) المأذونية فرع من فروع القضاء، إذ أن المأذون الشرعي كان يسمى مأذون القاضى ، ومن ثم كان على المشرع أن يضع الضوابط لهذه الوظيفة التى تتعلق بشاغلها والقائم بها وترسم له الخطى التى يسير عليها وتنظيم أعمال التوثيق تنظيما دقيقا يحفظ للناس حقوقهم كما أمر الله عز وجل.

فلانة الفلانية ، وكان الناس يطلقون علـــى هــذا العــالم اســم (مأذون القاضى) .

وفى عام ١٢٨٤ هجرية طبعت دفـــاتر بـــها ١٥ عقـــداً للزواج والطلاق ، وكان القاضى الشرعى يسـلم هــذا الدفــتر للعالم الذى يختاره ويأذن له بعقد ١٥ زواجاً أو طلاقـــاً دون أن يحدد له أسماء الأشخاص الذين يزوجهم ، أى أن الإذن أصبــح مطلقاً [١] .

واستمر العمل بهذا النظام حتى صدرت لائحة المحـــاكم الشرعية فى عام ١٨٩٤ م ، وأصبح المأذون لـــه حــق عقــد الزواج والطلاق بمجرد تعيينه فى هذه الوظيفة بـــدون حاجــة لإذن من القاضى وتغير اسمه إلى المأذون الشرعى .

وقد صدر القـــرار رقــم (٥٨٠٧) فـــى ١٩١٣/٧/٣١ بصرف ٣٠ مليم (ثلاثين مليماً) عن كل عقد يقوم به المأذون.

وفى عام ١٩١٥ أصبح اختيــــار المـــأذون بالانتخـــاب ينتخبه أهالى الحى أو القرية أو المنطقة التى يعين فيها مأذوناً.

ولكن أُلغى هذا النظام فى عام ١٩٥٥ م عندما صـــدرت اللائحة الجديدة التى تنظم عمل المأذون [٢] .

---

(١) المجموعة المفيدة للائحة المأذونين الجديدة ولائحة الموثقين المنتدبيـــن ، المستشار / أحمد فهمى الشبراخيتى ، الطبعة الخامسة ، الناشــــر جمعيــة المأذونين الشرعيين ، ١٤٠٢ هـــ ـــ ١٩٨٢ م ، ص ١٦ .

(٢) صدرت هذه اللائحة فى١٩٥٥/١/٤م وبيّنت إجراءات تعيين المأذونين =

ثم صدر قرار وزير العدل رقم (١٧٢٧) لسنة ٢٠٠٠ الخاص بشأن لائحة المأذونين الجديدة الصادرة في ٢٠٠٠/٥/١٨ ، وقد جاء في مادته الأولى : يستبدل بنصوص المواد ٢٠ (فقرة ثالثة ورابعة) و٢٢ (فقرة أولى) و٢٤ ، ٣٢ (فقرة أولى) و٣٣ ، ٣٤ (فقرة أولى وثانية) من لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل المؤرخ ٤ يناير سنة ١٩٥٥ النصوص الآتية ...

والذى يدخل فى نطاق هذا البحث ما جاء بالمادة (٣٣) من هذا القرار (فقرة ٥) ونصها :

-- ونقلهم واختصاصاتهم وواجباتهم وتأديبهم عند الإخلال بواجبات وظيفتهم.

وفيما يتعلق بالتعيين نصت المادة (٣) من هذه اللائحة على أنه :

"يشترط فيمن يعين في وظيفة المأذون :

أ ــ أن يكون مصرياً مسلماً متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة .

ب ــ ألا تقل سنه عن إحدى وعشرين سنة ميلادية .

جـ ــ أن يكون حائزاً لشهادة التخصص أو شهادة العالمية أو شهادة الدراسة العالية من إحدى كليات الجامع الأزهر أو أى شهادة من كلية جامعية أخرى تدرس فيها الشريعة الإسلامية كمادة أساسية .

د ــ أن يكون حسن السمعة وألا يكون قد صدرت ضده أحكام قضائية أو تأديبية ماسة بالشرف أو النزاهة .

هـ ــ أن يكون لائقاً طبياً للقيام بأعباء وظيفته وثبتت هذه اللياقة من طبيب موظف بالحكومة " .

٥ـ يبصر الزوجين أو من ينوب عنهما بما يجوز لهما الاتفاق عليه فى عقد الزواج من شروط خاصة . ومنها على سبيل المثال:

أ ـ الاتفاق على من تكون له ملكية منقولات الزوجية .

ب ـ الاتفاق على من يكون له حق الانتفاع وحده بمسكن الزوجية فى حالتى الطلاق أو الوفاة .

جـ ـ الاتفاق على رصد مبلغ مقطوع أو راتب دورى يدفعه الزوج لزوجته إذا طلقها بغير رضاها .

د ـ الاتفاق على تفويض الزوجة فى تطليق نفسها .

وذلك كله فيما يزيد على الحقوق المقررة شرعاً وقانوناً ولا يمس حقوق الغير .

وعلى الموثق المنتدب أن يثبت ما تم الاتفاق عليه من المسائل السابقة ، أو أى اتفاق آخر لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً فى المكان المعد لذلك بوثيقة الزواج .

المطلب الثانى
أوصاف صيغة عقد الزواج

المقصود بأوصاف صيغة عقد الزواج : الأوضاع التى تصدر عليها هذه الصيغة من حيث زمن التقاء الإيجاب والقبول.

فإذا جاءت هذه الصيغة مطلقة عن أى قيد مرتبة آثارها فى الحال ، أى دالة على إنشاء عقد الزواج فى الحال ، فهنا يكون عقد الزواج منجزاً (١) .

مثل قول ولى المرأة لمن يريد الزواج بها : زوجتك ابنتى فلانة على مهر مقداره كذا ، فيقول الزوج : قبلت .

وينعقد الزواج هنا بمجرد صدور الإيجاب والقبول متى استوفى العقد أركانه وشروطه المقررة شرعاً لأن الصيغة منجزة ، وهذه هى الصيغة الصحيحة لعقد الزواج والتى ينبغى أن يأتى عليها فى كل الأحوال .

وهذه الصيغة تختلف عن صيغة عقد الزواج المعلقة على شرط أو شئ آخر قد يحدث فى المستقبل وقد لا يحدث بأداة من أدوات التعليق ، مثل قول من يريد الزواج للمرأة أو

---

(١) فى أحكام الأسرة ــ دراسة مقارنة ــ الزواج والفرقة ، أ . د./ محمد بلتاجى ، طبعة دار التقوى ، ص ٢١٩ .

ولى أمرها : تزوجتك إن قدم زيد ، فهنا يكون عقد الزواج معلقاً على شرط .

وتختلف أيضاً عن صيغة عقد الزواج المضافة إلى زمن مستقبل ، كقول رجل لمن يريد الزواج بها : تزوجتك غداً ، أو يقول لولى أمرها : تزوجت ابنتك غداً أو بعد شهر أو أول العام القادم .

فالصيغة المعلقة على شرط أو المضافة إلى زمن تؤدى إلى بطلان عقد الزواج لأن صيغة عقد الزواج لا تصح إلا منجزة .

لأن الشرع وضع عقد الزواج ليفيد حكمه فى الحال ، إذ أنه من عقود التمليكات ، وهى عقود تفيد حكمها فى الحال ولا يصح إضافتها إلى زمن مستقبل ولا تعليقها إلى زمن مستقبل[1] .

أما الاقتران : فهو لون يخالف التعليق على الشرط والإضافة إلى الزمان المستقبل . فالصيغة هنا منجزة لكن اقترن بها شرط يشترطه أحد العاقدين لأجل أن يحقق له فائدة تعود عليه من وراء اشتراطه .

ومثاله : أن تقول المرأة مثلاً : تزوجتك على ألا تخرجنى من القاهرة ، فيقول : قبلت ، أو تشترط الزوجة على

---

(١) فتح القدير ، جـ ٣، ص ١١٠، المغنى ، جـ ٧، ص ٤٠٧ وما بعدها.

زوجها أن يسكنها بعيداً عن أهله ، أو تشترط عليه ألا يتزوج عليها ، أو تشترط عليه أن يسكنها مع أهلها ، أو يشترط الزوج على زوجته أن يتزوجها بدون مهر ، أو يشترط عليها أن تقوم بنفقات البيت وما إلى ذلك من الشروط .

فهنا نجد أن الإيجاب مشروط بشرط تابع له وليس جزءاً من الإيجاب ، بل هو جزء من صيغة العقد ويلتحق بها؛ لأن الشرط مقارن للعقد وينعقد العقد بهذه الصيغة ؛ لأن الصيغة منجزة والشرط جزء منها .

وهذا الشرط يراد به زيادة التزام أو رفع بعض الالتزامات التي يقتضيها العقد المطلق الخالي من الشروط .

وهذا الشرط قد يجرى الاتفاق عليه بين المتعاقدين قبل العقد ، ثم يعقدان العقد بدون ذكر لما اتفقا عليه اعتماداً على ما تم الاتفاق عليه بينهما سابقاً . مثل أن يتفق العاقدان على ألا يسافر الزوج بزوجته ، ثم عند التعاقد تتم الصيغة مجردة عن الشرط اعتماداً على ما تم بينهما فيقول الزوج : تزوجت بنتك فلانة ، ويقول الأب : زوجتك ، وهذا يُسمى بالشرط المتقدم .

وقد يكون الشرط في صلب التعاقد ويُسمى بالشرط المقارن ، مثل أن يقول الأب : زوجتك ابنتي فلانة على ألا تخرجها من بلدها ، ويقول الزوج : قبلت .

وقد يكون الشرط متأخراً أي يتم الاتفاق عليه بعد التعاقد ويُسمى بالشرط المتأخر ، كأن يتم عقد الزواج خالياً من

الشروط ثم يشترط الزوج على الزوجة ، أو الزوجة على زوجها شيئاً .

وقد اتفق الفقهاء على أن الشرط المعتبر هو الشرط المقارن الذى يذكر فى صلب العقد على خلاف بينهم فى أثر الشرط .

أما الشرط المتقدم فهو فى رأى جمهور الفقهاء بمثابة الوعد ، فلا يعتبر شرطاً فى العقد ، لأن الوعد لا علاقة له بانعقاد العقد ؛ لأنه لم يتوارد عليه الإيجاب والقبول .

وذهب الحنابلة إلى اعتبار الشروط المتقدمة على العقد ملحقة به على أساس أن الانعقاد ينصرف إلى المعروف بينهما المتفق عليه .

وأرى أن الراجح هو رأى الجمهور ، لعدم توارد الإيجاب والقبول على الشرط المتقدم ، وأيضاً لعدم سماع الشهود له ، ولأنه يفضى إلى المنازعة وكثرة الادعاءات .

وأشير فيما يلى إلى حكم إضافة عقد الزواج إلى زمن مستقبل ، أو تعليقه على شرط فى فرعين :

الفرع الأول : إضافة صيغة عقد الزواج إلى زمن مستقبل .

الفرع الثانى : تعليق صيغة عقد الزواج على شرط .

الفرع الأول

إضافة صيغة عقد الزواج إلى زمن مستقبل

الزواج عقد تحل به العشرة بين الزوجين ، ويُقصد به الثبوت والدوام من أجل إنشاء أسرة لها ما يكفل حياتها ويحافظ عليها .

ومن ثم فقد أحاطت الشريعة الإسلامية هذا العقد بسياج من القواعد الحكيمة والضوابط القويمة لما له من أهمية بالغة فى سعادة الإنسان ورفاهية المجتمع . فنأت به عن الغرر ؛ لأنه يهدم بنيانه ويقوض أركانه ، ولم تجعل لتعليقه على أمر متردد بين الوجود والعدم مكاناً ، كما لم تجعل لتأقيته بمدة ينتهى بعدها اعتباراً . ومعنى إضافة صيغة عقد الزواج إلى زمن مستقبل عدم ابتداء العقد فى الحال وإرجاؤه إلى زمن مستقبل لكى تترتب آثار العقد عند حلوله .

فهل يصح أن تضاف صيغة عقد الزواج إلى زمن مستقبل . كأن يقول رجل لامرأة : تزوجتك غداً ، أو بعد شهر، أو إذا حلّ شهر شوال ، أو فى آخر هذا العام ، وتقول المرأة له : قبلت .

اختلف الفقهاء على رأيين :

الرأى الأول : ذهب أصحابه وهم جمهور الفقهاء [١]

---

(١) حاشية رد المحتار ، طبعة الحلبى ، الطبعة الثانية، ١٩٦٦م ، جـ ٥، =

إلى أن هذه الإضافة مبطلة للعقد للأسباب الآتية :

١ـ لا يصح إضافة عقد الزواج إلى زمن مستقبل لما فيها من إهمال للعقد فترة من الزمان ، فمثل هذا العقد لا ينعقد فى الحال ولا فى الزمن المضاف إليه العقد .

لأن إضافة العقد إلى زمن مستقبل تمنع من ترتيب أحكامه عليه فى الزمن الحال وهذا ينافى موجب عقد الزواج ، وهو حِل استمتاع كل من الزوجين بالآخر بعد تمام العقد مباشرة وترتب سائر أحكامه عليه فوراً وفى الزمن الذى يلى صدوره ، دون انتظار زمن مستقبل لترتيب أحكامه ، كما هو الشأن فى عقود التمليكات ومنها عقد الزواج .

٢ـ القول بصحة إضافة صيغة عقد الزواج يجعل المرأة خلال الفترة المضافة معلقة ، لا هى زوجة لها حقوق الزوجية ، ولا هى خالية يمكنها الزواج من آخر فيؤدى ذلك إلى الضرر ، وهو مرفوع شرعاً .

٣ـ من القواعد المقررة فقهاً أن كل عقد يفيد التمليك فى الحال لا تجوز إضافته إلى المستقبل لمنافاة ذلك طبيعة عقد التمليك ومقتضاه . فإذا أضيف إليه لم ينعقد أصلاً ، إذ الشئ لا

--- ص ٢٥٦، البحر الرائق ، جـ ٣، ص ٨٤ ، مجمع الأنهر ، جـ ٢ ، ص ١١٥ ، تبيين الحقائق ، جـ ٤ ، ص ١٣٤ ، مواهب الجليل ، جـ ٣ ، ص ٤٢٦ ، حاشية الدسوقى ، جـ ٢ ، ص ٢٢٤ ، نهاية المحتاج ، جـ ٦ ، ص ٢١٠ ، المغنى ، جـ ٦ ، ص ١ .

يتحقق بما ينافيه .

الرأى الثانى : ذهب الإمام أحمد فـــى روايـــة ضعيفـــة عنه[1] إلى جواز إضافة عقد الزواج إلى الزمن المستقبل .

واستثنى المالكية من قاعدة عدم قبول النكـــاح للإضافـــة صورة واحدة هى : أنه لو أضاف الأب نكاح ابنته إلى موتـــه وكان مريضا مرضا مخوفا طال أو قصر فيصـــح النكـــاح إذا مات منه ؛ لأنه من وصايا المسلمين [2] .

والراجح : هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء مـــن عـــدم انعقاد الزواج بصيغة مضافة إلى أجل .

فلو قال شخص لآخر : زوجنى ابنتك أول الشهر القـــادم وأجابه الآخر بالقبول ، فإن هـــذا لا يســـتفاد منـــه أن الابنـــة أصبحت أو ستصبح زوجا لهذا الشخص ابتداء من أول الشـــهر القادم .

وإن قلنا أنه وعد بعقد الزواج فيمكن اعتبـــاره كذلـــك ، لكن لا أثر له فى الوقت المضاف إليه ، ويترتب على ذلـــك أن الصيغة لا أثر لها ، ولا تخول لأحد الطرفين مطالبـــة الآخـــر بحق من حقوق الزواج كالمسكن والنفقة والطاعة .. الخ .

---

(١) المغنى ، جـ ٦ ، ص ١ ، إعلام الموقعين ، جـ ٣ ، ص ٤٧٧ .

(٢) مواهب الجليل، جـ ٣، ص ٤٤٦، حاشية الدسوقى، جـ ٢، ص٢٢٤ .

الفرع الثانى

تعليق النكاح على الشرط

تعليق النكاح على الشرط هو ربط الإيجاب بأمر آخر وجعل ثبوت الحكم متوقفا على ذلك الأمر ، بأداة من أدوات الشرط ، ومثاله : إذا قال الرجل للمرأة تزوجتك إن نجحت فى الامتحان هذا العام ، أو إذا حصلت على الترقية وغير ذلك ، فتقول المرأة : قبلت ذلك .

ولبيان حكم تعليق صيغة الزواج على شرط أقول : أن تعليق صيغة عقد الزواج على شرط أنواع .

فقد يكون التعليق على شرط محتمل الوجود فى المستقبل ، كما إذا قال للمرأة : تزوجتك إن شفى الله مريضى فلانا .

وقد يكون الشرط محقق الوقوع فى المستقبل ، كما إذا قال : تزوجتك إن طلع نهار الغد .

وقد يكون الشرط مستحيل الوقوع ، كما إذا قال : تزو إن حملت هذا الجبل .

وقد يكون الشرط الذى علق عليه العقد محقق الوجود فى الحال ، ومثاله : إذا قال الرجل للمرأة : تزوجتك إن كان النهار موجودا ، وكان الوقت ظهرا .

وقد يكون التعليق على أمر يظهر أنه متحقق فى

المجلس ، كما لو قال لها : تزوجتك إن رضى أبوك ، وكـــان أبوها فى المجلس فقال : رضيت .

وأخيرا قد يكون تعليق صيغة عقد الزواج على مشـــيئة الله أو أحد العاقدين .

وأشير فيما يلى إلى حكم تعليق عقد الزواج فـى هـــذه الحالات :

أولا : تعليق صيغة عقد الزواج على شرط محتمـــل أو محقـــق أو مستحيل الوجود فى المستقبل .

ثانيا : تعليق صيغة عقد الزواج على شرط محقـــق الوجـــود ، سواء كان محقق الوجود فى الماضى أو الحاضر .

ثالثا : تعليق النكاح على مشيئة الله أو أحد العاقدين .

أولا : حكم تعليق صيغة عقد النكـاح علـى شرط محتمـل أو محقـق أو مستحيل الوجود فى المستقبل :

ذهب جميع الفقهاء إلى عدم جواز تعليق النكـــاح علـــى أحد الشروط الثلاثة المذكورة ، فيشترط لكى تكون صيغة عقـــد الزواج صحيحة أن تكون منجزة دالة على وجوده على الفـــور غير معلقة على شرط غير موجود وقت العقد .

فالزواج لا ينعقد بحال إذا كان الإيجاب معلقا على شـــرط غير موجود ، أو كان القبول هو المعلق ؛ لأن المعلـــق علـــى غير الموجود لا يكون موجودا ، سواء أكان الشئ المعلق عليـــه الزواج محقق الوقوع فى المســـتقبل ، أم مســـتحيل الوقـــوع ،

كقوله لامرأة : تزوجتك إن دخل الجمل في سم الخياط .

ويترتب على ذلك لو اشترط في النكاح تعليقه على شرط ، فإن حكمه يكون فاسدا عند الحنفية ، وباطل عند الجمهور [1] .

---

(١) شرح فتح القدير ، جـ ٣ ، ص ١٩٨ ، البحر الرائق ، جـ ٦ ، ص ٢٠٣ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ، مطبعة الحلبي ، سنة ١٩٦٨م ، ص ٣٦٧ .

* وعند المالكية : من تزوج امرأة على أنه إن لم يأت بالصداق الذي وقع به العقد أو بعضه إلى وقت كذا ، فلا نكاح بينهما وأتى بعد الأجل أو قبله أو لم يأت به حتى انقضاء الأجل ، فلا نكاح بينهما قولا واحدا لا قبل الدخول ولا بعده ؛ لأنه لم يحصل عقد بالكلية ؛ لأنه معلق ولم يحصل المعلق عليه .

وعدم صحة النكاح في هذه المسألة يصدق على صورتين :

الأولى : أن المجئ بالمهر لا يعتبر النكاح بسببه صحيحا .

ثانيا : إن لم يجئ به يفسخ قبل الدخول وبعده ..

شرح الخرشي على مختصر خليل ، جـ ٣ ، ص ١٩٦ ، المدونة الكبرى ، جـ ٤ ، ص ١٩٦ .

* وعند الشافعية: يشترط كون النكاح منجزا، وحينئذ لا يصح تعليقه كـإذا الشمس فقد زوجتك ، كما في البيع ونحوه من باقي المعاوضات.

ولو بشر شخص بولد فقال لآخر : إن كانت ابنتي فقد زوجتكها فقبل، أو قال له إن كانت بنتي طلقت أو مات زوجها أو انتهت عدتها فقد زوجتكها وكانت أذنت لأبيها في تزويجها ، فالمذهب بطلان النكاح في الصور المذكورة . ولو كان الواقع في نفس الأمر كذلك لوجود صورة التعليق وفساد الصيغة . =

فتعليق الزواج على شرط ، يعتبر شرط باطل فى نفسه واقترانه بعقد الزواج يبطله [1] .

لأن الزواج عقد له مكانة سامية تجعله يصان عن شائبة الاحتمال والتأرجح بين الوجود والعدم .

ولأن عقد الزواج من عقود التمليكات ، فالنكاح مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة ، وهى باتفاق الفقهاء لا تقبل التعليق على الشرط .

وسبب عدم صحة تعليق عقود التمليكات أنها وضعت لإفادة الملك فى الحال ، فإذا صدرت معلقة على شرط كانت هناك منافاة بين ما تقتضيه من نقل الملك فى الحال وبين ما يترتب على تعليقها من تعليق هذا الحكم على حدوث أمر فى المستقبل محتمل الوقوع ، قد يقع ، وقد لا يقع .

فبعد أن كان الحكم وهو نقل الملك ناجزا أصبح غير ناجز ، بل أصبح مترددا بين الوجود وبين العدم فيكون غررا، والغرر منهى عنه فيكون التعليق مفسدا لهذا التصرف .

= نهاية المحتاج ، جـ ٦، ص ٢١٣ ، روضة الطالبين ، جـ ٧، ص ٤٠، كشاف القناع ، جـ ٣ ، ص ٥٦ ، المغنى، نشر مكتبة ابن تيمية، جـ ٦، ص ٥٥١ ، زاد المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٣٨٧ .

وكذلك عند الظاهرية : شرح النيل ، جـ ٦، ص ٦٢١، البحر الزخار ، جـ ٣، ص٢٠.

(١) المغنى ، جـ ١ ، ص ٥٥١ .

وعقد الزواج يتعلق بالفروع والشارع يحتاط فيها أكثر من غيرها ، لذا يجب أن يكون جازما بعيدا عن الغرر والجهالة اللذين نهى عنهما الشارع الحكيم .

ثانيا : حكم تعليق صيغة عقد الزواج على شرط محقق الوجود فى الماضى أو الحاضر :

فمثلا لو قال رجل لامرأة : إن كنت بالغة تزوجتك ، فقالت : قبلت ، وكانت بالغة حينئذ ، وكذلك لو طلب رجل من امرأة أن تتزوجه بمحضر من الشهود فقالت المرأة : لى زوج، فقال الرجل : ليس لك زوج، فقالت المرأة: إن لم يكن لى زوج فقد زوجت نفسى منك ، وقبل الزوج ولم يكن لها زوج ، أو قالت الأنثى لرجل : تزوجتك إن رضى أبى وكان والدها حاضرا فى مجلس العقد وأعلن رضاه .

اختلف الفقهاء فى جواز تعليق النكاح على أمر ماض أو حاضر إلى رأيين :

الرأى الأول : ذهب الحنفية [1] والحنابلة والزيدية وقول

---

(١) اعتبر الأحناف تعليق صيغة عقد الزواج على رضا الأب ، أو إجازته ، أو عدم زواجها من آخر من الشروط المصححة للعقد لا المانعة لجوازه ويبدو أنها من الشروط الملائمة لعقد النكاح ، فلكى يتزوج الإنسان بأخرى، يجب أن تكون خالية ، لأنه لا يجوز للإنسان أن يخطب على خطبة أخيه، حتى يترك الخاطب قبل، أو يأذن له ، فمن باب أولى النكاح. ويشترط لصحة هذا الشرط : الفورية والحضور، بأن يكون الرضا =

مرجوح عند الشافعية [(١)] والإباضية [(٢)] إلى أن عقد النكاح لـــو علق على شرط موجود قبل العقد ، أو وجد أثناء انعقاده ، فـــإن العقد ينعقد صحيحا .

لأن التعليق في حالتي المـــاضي ، والحــاضر يكــون صوريا لا حقيقيا ، أي أنه معلق صورة منجز معنـــى ، فكـــان العقد منجزا في الواقع لوجود الشئ المعلق عليه حال العقـــد ، أي أن التعليق على أمر ماض معلوم الحال ، وبالتالي فلا تـأثير لهذا التعليق ويصح العقد .

-- أو الإجازة في مجلس العقد ؛ لأن المجلس كلـــه وحـــدة واحـــدة ، فـــإذا صدرت الصيغة معلقة على رضا الأب ووافق في المجلس قبل الافـــتراق ، كانت الفترة التي بقي فيها العقد معلقا فترة يسيرة ، ولكن أثرها كبير فـــي استقرار العقد .

البحر الرائق ، جـــ ٦ ، ص ٢٠٤ ، الدر المختار ، جـــ ٤ ، ص ٣٥٤.

(١) من أمثلة ذلك عند الشافعية : إذا أخبره شخص بولادة بنت فقال للمخـبر : زوجتكها إذا صدق الخبر ، وصار هذا كقوله : إن كنت زوجتـــي فـــأنت طالق ، وتكون (إن) بمعنى إذا ، كقولـــه تعـــالى : " وخـــافون إن كنتـــم مؤمنين" (سورة آل عمران : الآية ١٧٥) .

فالشافعية يجيزون مثل هذه الشروط إذا كان الخبر صادقـــا ، وتيقـــن صدق المخبر ، وإلا فلفظ (إذا) تكون للتعليق المحض المانع لانعقاد العقد.

مغني المحتاج، جـــ ٣، ص ١٤٢ ، نهاية المحتاج ، جـــ ٦ ، ص ٣١٢.

(٢) عند الإباضية : إن علق عقد النكاح على رضى أجنبي جـــاز ، وعلـــق عليه ، ويفرق بين الزوج والزوجة إن تماسا قبل رضاه .

شرح النيل ، جـــ ٦ ، ص ٢٦٠ .

وتسمية ذلك تعليقا من حيث الصورة اللفظيـــة ، لا مــن حيث الواقع ، إذ التعليق بكائن للحال تحقيق وتنجيز .

ولذلك قالوا ، لو قالت الأنثـــى لرجـل : تزوجتـك إن رضى أبى ، وكان والدها حاضرا فى مجلــس العقـد وأعلـن رضاه ، ينعقد العقد استحسانا ، وإن كان غائبـا لا يجـوز وإن رضى بعد ذلك [1] .

فتعليق المرأة زواجها على رضى أبيها وإجازتـــه هــو شرط يلائم مقتضى العقد ، لأنه يؤكد موجبه ، فإن للأب حـــق الاعتراض على زواجها من غير الكفء عند الحنفية .

فعندما تشترط ذلك يكون لمصلحة العقد ، لأنـــها بـــهذا الشرط تضمن استقراره ، إذا رضـــى والدهـــا ، أو أجـازه ، وتتأكد أيضا من عدم فسخه ، ولاشك أن مثل هذا الشرط يكـون ملائما لمقتضى العقد .

كما أن اشتراط مثل هذا الشرط لا يترتب عليه خطــر ؛ لأن عقدا كهذا أحاطه الشارع برعاية خاصة ، حيث تبنى عليـه الأسرة ، والأسر مكونة للمجتمع ، فيجب أن يكون مبنيا علـــى التأبي بعيدا عن الغرر [2] .

الرأى الثانى : ذهب بعض الحنفية وجمهور الشـــافعية[3]

---

(١) البحر الرائق، جـ ٦، ص ٢٠٤، شرح فتح القدير ، جـ ٣ ، ص١٩٣.

(٢) نظرية الشرط ، الأستاذ الدكتور / حسن الشاذلى ، ص ٦٩ .

(٣) حاشية رد المحتار ، ط الحلبى ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٦ م .

إلى منع تعليق صيغة عقد الزواج على أمر حاضر أو مــاض .
فلو علق عقد الزواج على أمر ، وكان فى الواقع كذلك يكــون
باطلا ، لوجود صورة التعليق فى الصيغة ، حتى ولــو كــان
صورة لا حقيقة لفساد الصيغة التى يجب أن تكون خالية مــن
مثل هذا الشرط ، وهو مفسد لها فلا يترتب عليها أثر .

مثال ذلك : إذا بشر شخص بولد ، فقــال الآخــر : إن
كانت أنثى فقد زوجتكها على مهر قدره كذا أمام شهود ، فقبــل،
أو قال له : إن كانت بنتى طلقت ، واعتدت فقد زوجتكها فقبــل،
ثم بان انقضاء عدتها ، وأنها أذنت له فى تزويجــها ، أو قــال
لمن تحته أربع : إن كانت إحداهن مــاتت ، زوجتــك بنتــى ،
فقبل. فعند الشافعية هذا الشرط باطل لفساد الصيغة بالتعليق[1].

الرأى الراجح :

من المعروف أن من شروط صحة التعليــق أن يكــون
المعلق عليه أمر مستقبل متردد بين الوجود والعدم .

وبناء على ذلك يكون التعليق على الماضى أو الحــاضر
تعليق لفظى لا تعليق حقيقى ، وبالتالى فهذا التعليق لا يضر.

ورغم ذلك إذا كان التعليق على أمر حاضر أو مــاض لا
يضر فى كل العقود ، فإنه يجب أن يتنزه عقــد الــزواج عــن
التعليق أيا كان نوع هذا التعليق سدا للذرائع ؛ لأنه عقد يمــس

---

(١) قليوبى وعميره ، جـ ٣ ، ص ٢١٧ .

المجتمع عامة والأسرة خاصة .

ولأن النفس البشرية لها أهواؤها وأغراضها التى سرعان ما تتغير وتتبدل ، فساعة يكون فى رضا وأخرى فى غضب ، مما يؤثر على العقد فى زمن التعليق ويجعله عرضة بين أن يكون أو لا يكون ، مما يؤثر على العلاقات بين الأفراد والأسر . ولهذا كان القول بعدم صحة تعليق هذا العقد موافقا للحكمة التى شرع من أجلها وهى توطيد أواصر المحبة والمودة بين الزوجين .

ثالثا : حكم تعليق صيغة عقد الزواج على مشيئة الله أو أحد المتعاقدين :

صيغة عقد الزواج إما أن تعلق على مشيئة الله أو على مشيئة أحد العاقدان .

أ ــ التعليق على مشيئة الله :

الرأى الأول : لا يصح ذهب إليه الشافعية فى رأى [1] والحنابلة [2] وقول عند الإباضية [3] ، فإذا قال الرجل للمرأة

---

(١) ذكر الخطيب الشربينى أنه : (لو قال زوجتك إن شاء الله وقصد التعليق، أو أطلق لم يصح، وإن قصد التبرك، أو أن كل شئ بمشيئة الله تعالى صح). مغنى المحتاج، جـ ٣، ص ١٤١، نهاية المحتاج، جـ ٦، ص٣١٢.

(٢) كشاف القناع ، جـ ٣ ، ص ٥٦ .

(٣) جاء فى شرح النيل : (وإن قال إن شاء الله أو إن أصبت المعونة أو نحو ذلك قدم أو أخر فقولان) . شرح النيل ، جـ ٦ ، ص ٢٦١ .

تزوجتك إن شاء الله وكان يقصد التعليق أو أطلق (أى لم تكن له نية) لم يصح العقد .

الرأى الثانى : ذهب جمهور الفقهاء ، الحنفية والشافعية وقول عند الحنابلة والإباضية : إذا علق أحد المتعاقدان عقد الزواج على مشيئة الله قاصدا التبرك ، أو أن كل شئ بمشيئة الله تعالى وإرادته صح .

قال تعالى : " وما تشاؤن إلا أن يشاء الله " [١] . وقال تعالى : " فعال لما يريد " [٢] .

وعند الحنابلة : لو صدر قبول النكاح ردا على الإيجاب معلقا على المشيئة ، كما لو قال : قبلت إن شاء الله ، صح العقد ويكون ناجزا ويبطل شرط التعليق [٣] .

ب ـ التعليق على مشيئة أحد العاقدين :

إذا علق أحد المتعاقدين انعقاد العقد على مشيئة الطرف الآخر فقبل من له المشيئة فى المجلس فإنه يجوز ؛ لأن المشيئة إذا بطلت فى المجلس صار نكاحا بغير مشيئة ، كما إذا قال : تزوجتك إن شئت ، أو إن شاء فلان ، كما فى السلم

---

(١) من سورة الإنسان : الآية (٣٠) .

(٢) من سورة ا لبروج : الآية (١٦) .

(٣) كشاف القناع ، جـ ٣ ، ص ٥٦ .

إذا بطل الخيار فى المجلس جاز السلم .

وإذا بدأ الزوج فقال : تزوجتك إن شئت ، ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح ولا يحتاج إلى إبطال المشيئة بعد ذلك ؛ لأن القبول مشيئة ، وهذا عند الحنفية استحسانا[١] .

فتعليق العقد على مشيئة أحدهما إذا ألغيت المشيئة فى المجلس قبل أن يقوما صحيح ؛ لأن المجلس كله وحدة واحدة لا يتجزأ . ولكن لا يجوز تعليق عقد الزواج بالخطر كما فى خيار الشرط [٢] .

واشتراط انعقاد العقد على مشيئة أحدهما شرط ملائم ومؤكد لمقتضى العقد ؛ لأن العقد فى الواقع لا ينعقد إلا بإرادتهما طواعية ، واختيارا ، لا إجبارا وإكراها [٣] .

---

(١) على أساس أن ما يصدر عن المرأة هو القبول سواء تقدم أو تأخر ، وما يصدر عن الرجل هو إيجاب تقدم أو تأخر . (شرح فتح القدير ، جـ ٣ ، ص ١٩٨) .

(٢) كما لو قال : تزوجتك على أنى بالخيار فقبلت ، صح ، ولا خيار له.
شرح فتح القدير ، جـ ٣ ، ص ١٩٨ .

(٣) وعند الحنابلة يصح التعليق على الشرط الصورى ، كقول ولى أمر المرأة لمن يريد الزواج بها : زوجتكها إذا انقضت عدتها ، أو إذا كانت بنتى ، وهما يعلمان ذلك ، أو قال الولى : زوجتكها إن شئت ، فقال شئت وقبلت فيصح النكاح .
الروض المربع ، جـ ٣ ، ص ٩٠ .

* حكم تعليق العقد على رضا القاصر :

تعليق صيغة عقد الزواج على رضا من لا يتصور منه الرضا إما أن يكون لعدم الأهلية فى الحال أو لعدم الإمكان أصلا .

فالأول : مثل أن يعلق العقد على رضا طفل ، أو مجنون ، فإنه يصح تعليقه ، ويكون معلقاً إلى بلوغ الطفل وإفاقة المجنون ؛ لأن الرضا لا يكون صحيحاً إلا عند البلوغ والإفاقة ، وذلك لأن أفعالهما وأقوالهما لا تعتبر شرعاً إلا بالوصول إلى البلوغ والإفاقة . والرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ يقول : " رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبى حتى يحتلم " (١) .

والتعليق على رضا من لا يمكن منه الرضا كميت وبهيمة ، فيجوز فى حينه ، ويبطل التعليق ويقع النكاح ناجزاً؛ لأن التعليق على المستحيل تحقيق .

---

(١) سنن الترمذى ، جـ ٤ ، ص ٣٢ ، سنن أبى داود ، جـ ٤ ، ص ١٤١، المستدرك ، للإمام أحمد ، جـ ١ ، ص ١٤٠ .

المطلب الثالث

أنواع الشروط المقترنة بعقد الزواج وأثر كل منها

من أهم الموضوعات التى أقرها الفقه الإسلامى ، نظرية الشروط التى تعطى كل من الزوجين أو للجانب الضعيف منهما مزيداً من الأمن على نفسه وضمان مستقبل مستقر غير مضطرب [(١)] .

---

(١) نظمت الشريعة الإسلامية عقد الزواج وحددت صيغته وقررت الآثار المترتبة عليه من حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر ، وإلزام الزوج بنفقة ومهر زوجته ، ووجوب القسمة لها عليه إذا كان له زوجة غيرها ، وثبوت نسب الأولاد منه ، وإلزام الزوجة بطاعة زوجها والقرار فى بيت الزوجية إلى غير ذلك من الحقوق والواجبات لكل من الزوجين .

ولكن الزوج أو الزوجة قد يشترطا شروطاً أخرى زائدة لتحقيق منفعة له ويقبلها الطرف الآخر مثل أن تقول المرأة للرجل : تزوجتك بشرط أن تُسكننى بعيداً عن أهلك ، فيقول الزوج : قبلت . أو يقول الرجل للمرأة : تزوجتك بشرط أن تقومى بنفقات المنزل ، أو بشرط ألا تعملى وأن تتفرغى للمنزل ، وتقول المرأة : قبلت . فإذا تم العقد على هذه الصورة يكون الشرط جزءاً من صيغة العقد ويلتحق بها ؛ لأن الشرط مقارن للعقد وينعقد العقد بهذه الصيغة ؛ لأن الصيغة منجزة ، والشرط جزء منها ، وهذا بخلاف الصيغة المعلقة على شرط أو المضافة إلى زمن مستقبل ، لأن التعليق والإضافة يبطلان الانعقاد ؛ لأن من شروط صحة الصيغة كركن من أركان عقد الزواج أن يكون العقد منجزاً غير معلق على حصول أمر فى المستقبل ولا مضاف إلى زمن مستقبل . --

والشروط المقترنة بعقد النكاح مختلفة ، منها ما يجب الوفاء به اتفاقاً وهى الشروط الصحيحة .

وقد اختلف نظر العلماء فى مضمون الشروط الصحيحة فذهب الأحناف إلى تضييق دائرة الشروط الصحيحة وحصروها فى أربعة أنواع [1] ، وقالوا أن ماعداها يكون

= أما اقتران الصيغة بشرط زائد، فإنه لا يفسد الانعقاد ولكن قد يترتب على هذا الاقتران تأثير فى العقد بالفساد من ناحية أخرى تبعاً لفساد الشروط التى تقترن به .

أحكام الزواج فى الإسلام ، الأستاذ الدكتور / محمد رشدى إسماعيل ، مكتبة وهبة ــ الطبعة الأولى ، ١٤٠٣ هــ ، ١٩٨٣ م ، ص ٦٩ .

(١) **النوع الأول** : هو الشروط التى يقتضيها العقد المطلق ، أى الشروط التى يكون مضمونها واجباً بصيغة العقد من غير اشتراط ، مثل اشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها أو يحسن معاملتها ، ومثل أن يشترط الزوج على زوجته أن تطيعه وألا تخرج من بيته إلا بإذنه . فإن هذه الشروط لم تنشئ حكماً جديداً لأن مضمونها واجب بالعقد فهى تأكيد لما وجب بالعقد .

النوع الثانى : هو الشروط التى تلائم العقد وتؤكد مقتضاه مثل اشتراط الزوجة على الزوج أن يكفله والده أو كفيل آخر فى المهر والنفقة . فإن الكفالة تؤكد الحصول على المهر والنفقة وهما من مقتضى العقد ، ومثل اشتراط الزوج أن تكون الزوجة جميلة أو متعلمة فإنهما ملائمين للعقد .

النوع الثالث : هو الشروط التى جرى بها العرف ولا تتعارض مع الشرع، مثل اشتراط الزوجة تعجيل المهر أو تأجيله أو تنجيمه .

النوع الرابع : هو الشروط التى أجازها الشرع ، مثل اشتراط الزوجة =

= أن يكون أمرها بيدها تطلق نفسها متى شاءت ، ومثل اشتراط الزوج أن يطلق زوجته متى شاء ، فإن مثل هذه الشروط قد أجازها الشرع وإن لم تكن من مقتضى العقد. وماعدا هذه الأنواع الأربعة فهو فاسد أو باطل. بدائع الصنائع ، جـ ٣ ، ص ٤٢٢ ، فتح القدير ، جـ ٣ ، ص ٢٣١ .

وعند المالكية : الشرط الذى يقتضيه العقد كالوطء والإنفاق لا يؤثر ذكره فى العقد فيلغى الشرط ويصح العقد . (الدسوقى على الشرح الكبير ، جـ ٢ ، ص ٢١٢ ، القوانين الفقهية ، ص ١٤٥) .

وعند الشافعية : الشروط فى النكاح على ضربين ، منها ما يرجع إلى الصداق فيجب الوفاء به ، ومنها ما يكون خارجاً عنه فيختلف الحكم فيه كما يلى :

إما أن يوافق مقتضى عقد النكاح كشرط النفقة والقسمة ، وإما أن لا يوافق الشرط مقتضى عقد النكاح ، وفى هذه الحالة إما أن لا يتعلق به غرض كشرط ألا تأكل إلا كذا ، وهنا يلغى هذا الشرط ، أى لا تأثير له لانتفاء فائدته ويصح النكاح كما فى نظيره فى البيع ، وإما أن يتعلق به غرض ، وهنا الحال لا يخلوا :

إما أن لا يخل هذا الفرض بمقصود العقد الأصلى وهو الوطء كشرط ألا يتزوج عليها أو أن لا نفقة لها ، صح النكاح ؛ لعدم الإخلال بمقصوده وهو الوطء وفسد الشرط ، سواء أكان لها كالمثال الأول ، أو عليها كالمثال الثانى لقوله عليه السلام " كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل".

أما إن أخل الشرط بمقصود النكاح الأصلى كأن لا يطأها الزوج أصلاً أو لا يطأها إلا مرة أو إلا ليلاً فقط ، أو أن يطلقها ولو بعد الوطء بطل النكاح ؛ لأن الشرط ينافى مقصود العقد فأبطله .

وإن شرط أن لا توارث بينهما أو أن النفقة على غير الزوج بطل أيضاً ، وقال البلقينى بفساد الشرط وصحة العقد .

وفى رأى آخر عند الشافعية : إذا كان الزوج هو الذى اشترط عدم =

فاسداً أو باطلاً .

أما الحنابلة فقد وسعوا دائرة الشروط الصحيحة وقالوا : أن كل الشروط صحيحة ماعدا نوعين هما :

أ ــ شرط نهى عنه الشرع .

ب ــ شرط ينافي مقتضى العقد ويخل بالمقصود منه (١) .

ولا خلاف بين علماء المذاهب الأربعة في جواز اقتران العقد بالشروط الصحيحة وصحة العقد مع اقتران هذه الشروط

= الوطء فإن الشرط يكون صحيحاً ؛ لأنه حقه فله تركه والتمكين عليها .
المنهاج مع زاد المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، الأم ، جـ ٥ ، ص ٨١ ، تحفة المحتاج ، جـ ٧ ، ص ٣٨٦ ، الأم ، جـ ٥ ، ص ٦٥.

(١) عند الحنابلة الشروط الصحيحة هي كل شرط لا ينافي مقتضى العقد ولم يرد فيه نهى من الشارع ، وهما قسمان :

أحدهما : ما يقتضيه العقد مثل تسليم الزوجة نفسها إلى الزوج وتمكينه من الأستمتاع بها وتسليمها المهر وتمكينها من الانتفاع به .

ويرى الحنابلة أن اشتراط مثل هذه الشروط يعتبر وجوده كعدمه ؛ لأن العقد يقتضي هذه الأمور من تلقاء نفسه ، فلا حاجة لاشتراطها في صلب العقد أو في اتفاق منفصل قبل إبرام عقد الزواج .

والثاني : شرط ما تنتفع به المرأة مما لا ينافي العقد كزيادة معلومة في مهرها أو نفقتها الواجبة ، أو اشتراط كون مهرها من نقد معين ، ومثل هذا الشرط لا يجب علي الزوج الوفاء بها رغم أنها شروط صحيحة ، بل يسن فقط الوفاء به .

كشاف القناع ، جـ ٥ ، ص ٩٠ ، الروض المربع ، جـ ٣ ، ص ٩٠ ، الإنصاف ، جـ ٨ ، ص ١٦٦ ، المقنع ، جـ ٣ ، ص ٤٩ .

به ، كما لا خلاف بينهم فى أنه يجب على المسلم ديانة الوفاء بما التزم به فى العقد ، ولكنهم اختلفوا فى أثر عدم الوفاء بالشرط ممن التزمه إلى مذهبين :

الأول : وهو للأحناف : ويرون أن عدم الوفاء بالشرط الصحيح لا يترتب عليه أى أثر على عقد الزواج ولا يعطى لصاحب الشرط المتخلف حق فسخ العقد .

واستدلوا فيما ذهبوا إليه بأن فوات الشرط يترتب عليه فوات الرضا بالعقد وفوات الرضا لا أثر له فى عقد النكاح ؛ لأن عقد النكاح من العقود التى تنعقد صحيحة لازمة مع عدم الرضا بها فيصح عقد النكاح ويلزم ولو بالإكراه فى مذهبهم .

الثانى : وهو للحنابلة : ويرون أن عدم الوفاء بالشرط الصحيح يعطى صاحب الشرط المتخلف حق فسخ العقد لتخلف شرطه ، فعقد الزواج إذا اقترن بشرط صحيح صح العقد ووجب الوفاء بالشرط ، فإن أخلف من شرط عليه هذا الشرط ثبت لصاحبه الخيار فى فسخ العقد .

وحجتهم فى ذلك أن الرضا بالزواج عندهم أمر لابد منه فى الزواج ، سواء فى الابتداء أو البقاء ؛ لأن الزواج بنى على المودة والرحمة ، ولا يتحقق ذلك مع عدم الرضا ، ولا خير فى استمرار زواج فقد فيه الرضا من الجانبين أو أحدهما.

وعلى ذلك فإذا تخلف الشرط الصحيح ولم يف به من التزمه كان لصاحب الشرط المتخلف حق فسخ النكاح .

وأرى ترجيح رأى الأحناف ، استقرارا للحياة الزوجيــة، لأننا لو قلنا أن من حق من تخلف شرطه فسخ أى عقــد كــان مثل البيع، فإن هذا غير مقبول فى عقد النكــاح ؛ لأن الفســخ يساوى الطلاق ، والطلاق أبغض الحلال إلى الله .

وهناك من الشروط مــا لا يجــب الوفــاء بــه اتفاقــا لفساده[1]. وإن كان هناك خلاف يثور حول مدى تــأثر العقــد

---

(١) **يؤخذ من أقوال الحنفية** عند حديثهم عن الشروط فى باب الصــداق ، أن الشرط يكون صحيحا ويتعلق العقد به إذا لم يؤدى إلى جهالــة ، ويكــون فاسدا إذا نشأت عنه جهالة .

فتح القدير ، جــ ٣ ، ص ٢٣١ ، المبسوط ، جــ ٥ ، ص ٥٥ .

وعند المالكية : الشرط الذى يناقض العقد كعدم القسمة شرط فاسد مفســد للعقد فيمتنع اشتراطه، وعند اشتراطه فى العقد ينفسخ النكاح قبل الدخــول، وفى فسخه بعد الدخول خلاف عندهم .

وعند الشافعية : إذا أخل الشرط بمقصود النكاح الأصلى كــأن لا يطأهــا الزوج أصلا أو لا يطأها إلا مرة أو إلا ليلا فقــط ، بطــل النكــاح ؛ لأن الشرط ينافى مقصود العقد فأبطله .

المنهاج مع زاد المحتاج ، جــ ٣ ، ص ٢٨٧ .

وعند الحنابلة : الشروط الباطلة أو الفاسدة هى :

* كل شرط نهى عنه الشرع، مثل اشتراط المرأة على مــن يتزوجــها أن يطلق زوجته الأولى أو أن يهملها ولا يقسم لها ، فقد نهت الشــريعة عــن ذلك.

* كل شرط يتناقض مع أصل العقد أو مقتضاه ، مثــل : اشــتراط عــدم الاستمتاع بين الزوجين ، ومثل أن تشترط المرأة على مــن يتزوجــها أن تخرج من بيته متى شاءت أو أن تخالط الرجال وتستقبل أصدقاءها . ==

وإن كان هناك خلاف يثور حول مدى تأثر العقد بهذه الشروط الفاسدة أو عدم تأثره .

والشروط الفاسدة أو الباطلة هي التي تتنافى مع مقتضيات العقد ومقاصده فهي باتفاق الفقهاء شروط فاسدة لا يجب مراعاتها ولا يصح العمل بها .

والشرط الفاسد إذا اقترن بعقد الزواج لا يجب الوفاء به ممن التزمه ، أما أثره على العقد فقد اختلف فيه العلماء .

ويمكن القول بأن الرأى الراجح هو أنه لا أثر له على العقد ما لم يكن مانعاً من الانعقاد بمعنى أنه إذا اقترن عقد الزواج بالشرط الفاسد صح العقد وبطل الشرط ولا يلزم الوفاء به ما لم يكن الشرط له أثر على انعقاد العقد مثل اشتراط تأقيت الزواج .

وهناك شروط محل خلاف بين الفقهاء بين قائل بفساده وعدم مشروعيته ، وقائل بلزوم الوفاء به إذا كان هذا الشرط فى مقابل جزء من المال أو مقيداً بعتق أو طلاق أو نحوهما(١)

== ومثل : أن يشترط الرجل على من يتزوجها أن تنفق عليه ، أو أن لا تحمل منه باستعمال موانع الحمل ، فإن مثل هذه الشروط مناقضة لمقتضى العقد .

كشاف القناع ، جـ ٥ ، ص ٩٠ ، الروض المربع ، جـ ٣ ، ص ٩٠ ، المغنى ، جـ ٧ ، ص ٨١ .

(١) وعند المالكية : القسم الثالث من الشروط هو ما لا تعلق له بالعقد ، ==

وهى الشروط الجائزة التى ليست من مقتضيات العقد ولا هى مما تنافيه ، مثل اشتراط المرأة على من يريد الزواج بها ألا ينقلها من دارها .

ويتضح لى : أن الأحناف قد ضيقوا دائرة الشروط الصحيحة وحصروها فى أربعة أنواع فقط ، وقالوا أن ماعداها يكون فاسدا أو باطلا . وأن الحنابلة وسعوا دائرة الشروط الصحيحة . ورأى الحنابلة رأى سديد لوجاهته لاتفاقه مع منهج الشريعة فى السهولة واليسر وتحقيق أغراض الناس مادامت لا تتعارض مع القواعد الشرعية .

قال تعالى : " وما جعل عليكم فى الدين من حرج ، ملة أبيكم إبراهيم ، هو سماكم المسلمين من قبل " [١] ، وقال تعالى: " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم ولعلكم تشكرون"[٢].

ومن خلال هذا العرض المبسط أجد أن الشروط

== كشرط عدم إخراجها من بلدها ، فهو مكروه ، ثم إنه إن كان مقيدا بطلاق أو تمليك أو عتق أو غير ذلك لزم الشرط ويقال له يمين ، وإن لم يكن مقيدا بشئ ولا وضعت عنه الزوجة من صداقها لأجله لم يلزم الشوط ولكن يستحب الوفاء به .

القوانين الفقهية ، ص ١٤٥ ، الشرح الصغير ، جـ ٣ ، ص ٢٢٨ .

(١) من سورة الحج : الآية (٧٨) .

(٢) من سورة البقرة : الآية (١٨٥) .

المقترنة بعقد الزواج أنواع مختلفة ، فمنها ما يجب الوفاء بـــه باتفاق الفقهاء ، ومنها ما لا يجوز الوفاء به باتفـــاق الفقـــهاء ، ومنها ما اختلف الفقهاء فيه .

وأتحدث عن هذه الأنواع الثلاثة فى المباحث التالية .

المبحث الأول

الشروط الصحيحة فى عقد الزواج باتفاق الفقهاء

تمهيد :

الشروط التى يمكن أن يشترطها أحد الزوجين على الآخر فى عقد الزواج وتكون صحيحة طبقا لقواعد الفقه الإسلامى هى التى يقتضيها عقد الزواج ، أو تلائم هذا العقد وتؤكد مقتضاه ، أو ورد بها نص ، أو جرى عرف البلاد التى يعيش بها الزوجان عليها ، مثل اشتراط المرأة على زوجها أن يعجل لها مهرها أو بعضه حسب ما جرى به العرف . وهذه الأنواع من الشروط متفق على صحتها بين علماء الفقه الإسلامى ، وبالتالى يكون العقد صحيح والشرط صحيح ، ومن ثم فيجب العمل بها وقيام من شرطت عليه بالوفاء بها ؛ لأن الشارع الحكيم رتبها على هذا العقد وجعلها من آثاره ، فكان الوفاء بها واجبا من الطرف الملتزم بها شرعا ، سواء اشترطها عليه الطرف الآخر ، أم لم يشترطها [1] .

وإذا لم يف بها لا يكون لصاحب الشرط حق الخيار فى

(١) فى أحكام الأسرة ، أ . د ./ محمد بلتاجى، طبعة ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠١م، ص ٢٢٣ ، أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى ، أ . د. / محمود بلال مهران، الطبعة الأولى ، ١٤٢١ هـ ـ ٢٠٠٠ م ، ص ٢٩٢ .

فسخ العقد ومعنى هذا أن العقد يكون صحيحا ولا يترتب على مخالفة الشرط الصحيح بطلان العقد ، ولا يترتب عليه أيضا جواز فسخه ، وإنما يكون العقد صحيحا لازما .

والشروط التى يقتضيها عقد الزواج هى التى لا تتنافى مع هذا العقد ، بل يقتضيها العقد المطلق . ولذلك فالشريعة الإسلامية تأمر بالوفاء بهذه الشروط وتدعوا إلى تحصيلها .

وهذه الشروط هى مجموع الآثار أو الحقوق المترتبة على إبرام عقد الزواج فعقد الزواج الصحيح النافذ هو الذى استوفى أركانه وشروط انعقاده وصحته ونفاذه بما يجعله يرتب آثاره سواء كان لازما أو غير لازم .

وقد أراد الشارع الحكيم لعقد الزواج أن يقع صحيحا ونافذا لما ابتغاه من ترتيب آثاره لأهميتها فى حياة الزوجين وغيرهما ممن تربطهم بهما صلة وتعود فى النهاية على المجتمع ككل من فائدة جليلة القدر . وآثار عقد الزواج الصحيح النافذ كثيرة ومتعددة .

وهذه الحقوق تنقسم إلى قسمين بحسب تعلقها بشخص صاحبها ، فهناك حقوق تخص الزوج وأخرى تخص الزوجة .

وقد تتفرع عن هذه الحقوق بعض الفروع المتصلة بها.

وأشير إلى الاشتراط وحكمه فى نطاق هذه الحقوق :

الفرع الأول : الاشتراط فى نطاق حقوق الزوج .

الفرع الثانى : الاشتراط فى نطاق حقوق الزوجة .

الفرع الأول

الاشتراط فى نطاق حقوق الزوج

لاشك أن حقوق الزوج على زوجته أعظم من أن تحيط بها امرأة فى العصر الحديث ، إلا من وفقها الله أعظم توفيق إلى رضوانه وحسن مغفرته .

فقد روى ــ ما معناه ــ أن امرأة جاءت إلى رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ فقالت: إنى مرسلة من النساء إليك، وما منهن إلا وتهوى مخرجي إليك ، وهن يقلن : إن الله رب الرجال والنساء وإلههن وإنك رسول الله إلى الرجال والنساء ، وقد كتب الله الجهاد على الرجال ، فإن أصابوا أثروا ، وإن استشهدوا كانوا أحياء عند ربهم يرزقون ، فما يعدل ذلك من أعمال النساء من الطاعة ؟ فقال لها الرسول ــ عليه الصلاة والسلام : " طاعة أزواجهن والمعرفة بحقوقهن وقليل منكن تفعله " [١] .

---

(١) هذه المرأة هى أسماء بنت يزيد .

وهذا الحديث أخرجه ابن كثير فى كتابه جامع المسانيد والسنن مسند أسماء بنت يزيد الاشهلية ، ١٥/٢٩٠ـ٢٩١ ترجمة رقم ٢٣٨١ ، ط دار الفكر ، سنة ١٤١٥ هـ ــ ١٩٩٤ م .

وأورده عبد القادر بدران فى كتابه تهذيب تاريخ ابن عساكر فى ترجمة أخطل بن المؤمل ، ٣٢٨/٢ ، ط دار المسيرة .

والشروط التي تقع في نطاق حقوق الزوج يمكن أن تندرج تحت قسمين كما يلي :

القسم الأول : الشروط الخاصة بحق الطاعة وقوامة الزجل .

القسم الثاني : الشروط الخاصة بحق الزوج في قرار زوجته في بيت الزوجية .

القسم الأول : الشروط الخاصة بحق الطاعة وقوامة الرجل :

أوجب الله سبحانه وتعالى حقوقا للزوج على زوجته مثلما أوجب عليه حقوقا لها ، والرجل في الأسرة هو ربها وراعيها والمسئول عنها ، وقد جعل الله له من الحقوق ما يجعله سيدا ورئيسا لأسرته .

ولقد أعطى الحق تبارك وتعالى الزوج حق القوامة على الأسرة التي يدير شئونها ويدبر أحوالها لما أعطاه من المزايا التي لا توجد في المرأة غالبا من قوة البدن والعزيمة وشدة التحمل والثبات والصبر على الشدائد .

أما المرأة فقد وهبها الله قوة العاطفة والوجدان للقيام بوظيفتها في الحياة على الوجه الكامل من واجب الأمومة ورعاية بيتها وزوجها .

لذلك كان من أول حقوق الزوج على زوجته أن تطيعه في جميع الشئون الزوجية ولا تعصى أمره طالما أنه لا يأمر بما فيه معصية الله سبحانه وتعالى . وليس عيبا أن تخضع المرأة لزوجها ، وإنما العيب أن تخرج عن طاعته . وليس

امتهاناً واحتقاراً للمرأة أن يكون سلطان الرجل عليها ، وإنما تمتهن وتحتقر حينما تخرج عن هذا السلطان وتسير على هواها في الحياة .

وبناء على ذلك فإن أي شرط تشترطه المرأة على الرجل في عقد الزواج يتعارض مع هذه المبادئ يعتبر غير صحيح .

وأشير هنا إلى أشهر الشروط في هذا المقام :

أ ـ اشتراط القوامة للزوج على زوجته :

إذا اشترط الرجل على من يريد الزواج بها أن تكون له القوامة داخل نطاق الأسرة ، فإن هذا الشرط صحيح ، لأنه تقرير وتأكيد لحق من حقوق الزوج كفله له عقد الزواج ، وقد قامت أدلة شرعية كثيرة عليه وعلى طاعة زوجته له في غير معصية .

فمن القرآن الكريم :

قال تعالى : " الرجال قوّامون على النساء بما فضّل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم ، فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله " (١) .

أي أن الرجال قوّامون على النساء ، لما يمتازون به من صفات تؤهلهم لهذه القوامة ، فمن حق الرجال على النساء

---

(١) من سورة النساء : الآية (٣٤) .

أن يؤدبونهن ويأخذون على أيديهن ؛ لأن الله فضلهم عليهن بالعلم والعقل والولاية وغير ذلك .

ولأنهم المسئولون عن الإنفاق ، وتدبير المال اللازم لشئون البيت والأسرة ، فاقتضى ذلك أن يكون للرجال على النساء حق القوامة والتوجيه [١] . ومعنى القانتة هى الطائعة لله ولزوجها .

وقال تعالى : " ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة " [٢] .

فالدرجة المذكورة ليست درجة القهر ودرجة السلطان ، إنما هى درجة الرياسة المنزلية ، المؤسسة على عهد الزوجية وميثاقها ، فهى درجة القوامة التى ألقيت على عاتقه ، وتكفل بها ، والتى تزيد فى مسئوليته عن مسئوليتها ، فهى درجة اقتضتها طبيعة البشرية ، والتى لابد منها لكل مجتمع ، صغر ذلك المجتمع أو كبر .

فليس من الحكمة فى نظر شرع أو وضع أن يترك مجتمع دون أن يعرف له رئيس ، يرجع إليه عند الاختلاف فى الرأى والفصل فى مهام الأمور ومشكلات الحوادث

---

(١) تفسير ابن كثير ، جـ ٢ ، ص ٢٥٦ ، أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى، أ . د ./ محمود بلال مهران ، ص ٢٩٣ .

(٢) من سورة النساء : الآية (٣٤) .

والشئون[1] . فمعنى هذه الآية الكريمة قيل : لها المهر والنفقة، وعليها أن تطيعه فى نفسها وتحفظ غيبته .

ومن السنة النبوية :

* حث الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ النساء على طاعة أزواجهن فى كثير من الأحاديث منها :

* عن أم سلمة ـ رضى الله عنها ـ أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : " أيما امرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة " [2] .

* عن أبى هريرة ـ رضى الله عنه ـ قال : قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم : " إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجئ فبات غضبان عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح [3] .

وقال صلى الله عليه وسلم : " ألا أخبركم بنسائكم فى الجنة ؟ قلنا بلى يا رسول الله ، قال : كل ودود ولود إذا غضبت أو أس إليها أو غضب زوجها قالت هذه يدى فى يدك لا أكتحل بغمض حتى ترضى " [4] .

* وقال صلى الله عليه وسلم : " خير نسائكم من إذا نظر إليها زوجها سرته ، وإذا أمرها أطاعته ، وإذا غاب عنها

---

(١) أحكام الزواج والطلاق فى الإسلام ، أ . د ./ بدران أبو العينين بدران ، الطبعة الثانية ، ١٩٦١ م ، ص ١٩٥ .

(٢) سنن ابن ماجه ، جـ ١ ، ص ٥٩٥ .

(٣) صحيح البخارى ـ كتاب النكاح ، جـ ٩ ، ص ٣٦٦ .

(٤) الترغيب والترهيب ، لعبد العظيم بن عبد القوى المنذرى ، جـ ٤ ، ص١٢٥.

حفظته فى نفسها وماله " (١) .

* وقال صلى الله عليه وسلم : " لا يحل لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه ولا تأذن بدخول أحد فى بيته إلا بإذنه، وما أنفقت نفقة من غير أمره فإنه يؤدى إليه شطره " .

فإذا أنفقت الزوجة نفقة من كسب زوجها من غير إذنه فإن لزوجها نصف أجره .

فمن هذه الأحاديث يستدل الفقهاء على وجوب طاعة المرأة لزوجها ، وأن هذه الطاعة موجبة لدخولها الجنة فى الآخرة .

ولاشك أن طاعة الزوجة لزوجها ما هى إلا سبيل لإقرار السلام فى البيت وبذلك يكون الأمن والأمان ، والراحة والاطمئنان ، وإذا رأى الأولاد هذه الطاعة من أمهم لأبيهم تعودوها فى مجتمعهم الصغير ، وكانوا مطيعين لآبائهم وأمهاتهم فهى بمثابة التمرين العملى لهم منذ الصغر ، فإذا كانوا كبارا طبقوها دون مشقة ، لأنها أصبحت طبعا فيهم وقديما قالوا التعليم فى الصغر كالنقش على الحجر .

ومن المعقول :

يجب على الزوجة أن تطيع زوجها ، وتحفظه فى نفسها

---

(١) رواه الإمام أحمد فى المسند ، جـ ١ ، ص ١٩٠ ، وسنن سعيد بن منصور ، جـ ٣ ، ص ١٢٤ ، وسنن الترمذى ، جـ ٥ ، ص ٢٧٤ ، طبعة دار الحديث .

وماله حال حضرته وغيبته ، لأن ذلك مما يقوى الرابطة الزوجية، ويطيب الحياة بينهما ، فيجب على الزوجة ألا تدخل أحدا بيت الزوجية إلا بإذن زوجها ، ولا تنفق نفقة من ماله إلا بأمره .

وطاعة الزوجة لزوجها ليست طاعة عمياء ، مضيعة لشخصيتها أو مهدرة لكرامتها ، بل إن الله سبحانه طلب من الزوج أن يستشير زوجته في شئون مجتمعها الصغير ، ويتراضيان في أمره .

ففي مثل فطام الطفل ورضاعه ، لم يجعل الإسلام للرجل وحده حق الاستئثار بذلك دون الرجوع لزوجته ، فقال تعالى : " فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما " (١) .

وإذا كان للزوجة حق إبداء الرأي في نظام تربية الولد وإرضاعه ، واشترط القرآن إرادتها مع إرادة الرجل ، ورضاها مع رضاه ، فإن ذلك يشعر المرأة بأنها تعيش في حياة حرة كريمة ، يهمها صلاحها ويوغر صدرها فسادها ، كل هذا يحدو بها إلى الحفظ والصيانة وكمال الإشراف والرعاية .

كما أنه ليس على الزوجة أن تطيع زوجها فيما لا

---

(١) من سورة النساء : الآية (٢٣٣) .

يرضى الله ورسوله ، ولا فى معصية من المعاصى التى تغضب الخالق جل وعلا (إذ لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق) ، بل طلب منها الامتناع إن هى دعيت لفعل المحرمات ، فإن آذاها على ذلك أثم واستحق العقاب .

ب ــ اشتراط الزوج على زوجته أن يكون له حق تأديبها :

عرفنا مما مضى أن للزوج على زوجته حق الطاعة والقرار فى البيت فى مقابل الإنفاق على أسرته .

غير أن طاعة الزوجة لزوجها قد تحيطها مفاهيم خاطئة من جانب الزوج أو من جانب الزوجة .

فمن المفاهيم الخاطئة لمعنى طاعة الزوجة لزوجها اعتقاد بعض الأزواج أن الرجل إذا تزوج المرأة فقد ملكها ، وبالتالى له أن يتصرف فيها كيف يشاء ، فيعتقد أو يظن أنها أشبه بمتاع من أمتعة البيت أو أمتعته الخاصة .

ففى بلاد الشرق قد يحبسها عن زيارة والديها أو يمنعها من زيارتهما ، وقد يتطاول عليها بالضرب الفاحش .

وفى بلاد الغرب يتصرف فى مالها ، ويطلق عليها اسمه حتى ينسيها أهلها فلا تنسب إلى أبيها وإنما تنسب إلى زوجها.

وفى الشرق والغرب معا يتحايل الزوج على زوجته العاملة ليمتلك جزءا من مالها أو يجبرها على الإنفاق على مطالب الأسرة بدعوى أن الحياة الزوجية تعاون ، وإذا

رفضت الزوجة هذه المفاهيم الخاطئة اعتبرها الزوج ناشزا قـد خرجت عن طاعته التى أوجبها الله عز وجل عليـها لصـالح الأسرة [(١)] .

والشريعة الإسلامية لا تعتبر الزوجة ملكـا لزوجـها ، فهى إنسان حر له كيانه المستقل ، ولها اسمها المستقل عن اسم زوجها ، ولها ذمتها المالية المستقلة ، وهى حرة فى التصـرف فى مالها كيف تشاء ، ولا بأس إذا أنفقت الزوجـة شـيئا مـن مالها على زوجها أو على أبنائها ، ولكـن بخـالص رضاهـا وبرغبتها ، وليس لزوجها ولا لأولادها حق فى مالـها أثنـاء حياتها ، طالما كانت بالغة عاقلة رشيدة ، إلى أن تتوفى فيكـون لهم هذا الحق بعد سداد ديونها وتنفيذ وصاياها ، كذلك لا يجـوز للزوج أن يحبس زوجته عن زيارة والديها أو يمنعـهما عـن زيارتها ، فمن يمنع زوجته من هذا الحق فقد ظلمها ، كمـا لا يجوز للزوج أن يذل زوجته أو يقهرها ؛ لأن الله عـز وجـل يقول : " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجـا لتسـكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة " [(٢)] .

ولقد جعل الحق تبارك وتعالى للرجل حق تأديب المـرأة بالمعروف تأديبا يليق بمكانتها . ولهذا التأديب حد أدنى وهـو

---

(١) الأسرة وقانون الأحوال الشخصية ، أ . د ./ عبد الناصر توفيق العطـار، ص ٦٩ .

(٢) من سورة الروم : الآية (٢١) .

الوعظ والإرشاد ، وحد أعلى وهو الضرب غير المبرح .

فالتأديب له طرق ثلاثة : الوعظ ــ الهجر فى المضجع ــ الضرب غير المبرح .

وفى مذهب الإمام مالك : أن الرجل إذا نشز وأساء معاملة زوجته رفعت الأمر إلى القاضى، والقاضى يعظه أولا، فإن لم يجد الوعظ حكم لها بالنفقة ولا يحكم له بالطاعة مدة ، وهذا فى مقابل الهجر ، فإن لم يجد هذا عاقبه بالضرب ، وهذا فى مقابل ما له عليها من حقوق .

فالزوجة المتعالية على زوجها الخارجة عن طاعته هى زوجة ترغب فى الأصل فى فراق زوجها ، وإنما تريد أن تخضعه لسيطرتها ، أو على الأقل هى زوجة لا تستجيب لطلبات زوجها بغير حق ولا عذر مقبول .

ولقد رسم الله عز وجل طريقا لعلاج نشوز الزوجة .

وقد أخذ الفقهاء حق الزوج فى تأديب زوجته إذا خرجت عن طاعته وكانت عاصية عن تنفيذ حق من حقوقه من قوله تعالى فى القرآن الكريم : " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللائى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان

عليا كبيرا " [١] .

فقد قسمت الآية الكريمة النساء إلى قسمين :

القسم الأول : هن الزوجات الصالحات المطيعات الحافظات لفروجهن وغيرها فى غيبة أزواجهن ، فهؤلاء لا حاجة إلى تأديبهن ، لأنهن يؤدين ما وجب عليهن ، وذلك هو الشأن فى النساء الصالحات وهن خير الزوجات .

القسم الثاني : وهن اللائى يحاولن الخروج على طاعة الأزواج ، والعصيان لهم ، وهؤلاء من المحتاجات إلى الإصلاح والتأديب حتى يعود الحق إلى نصابه وتسير الحياة سيرها المنشود [٢] . وقد جعل الله سبحانه وتعالى لتأديب هذا الصنف من النساء الوسائل السابق ذكرها . وهى مراحل تختلف باختلاف النساء ، وقد رتبها الله ترتيبا تصاعديا ، يبدأ الزوج بالعلاج الأسهل ، فإذا لم ينفع هذا العلاج فلينتقل إلى الذى يليه ، وهكذا على الترتيب الآتى :

ـ مرحلة الوعظ :

وهى الأمر الأول الذى طلبه الله من الأزواج الذين يخافون نشوز الزوجات ، ولاشك أن الكلمة الطيبة والموعظة

---

(١) من سورة النساء : الآية (٣٤) .

(٢) الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ، أ . د . / محمود محمد طنطاوى ، طبعة ١٣٩٩ هـ ــ ١٩٧٩ م ، ص ٢٥٩ .

الحسنة تؤتى ثمارها فى كل مجال من مجالات الحياة ، وهـى بالنسبة للزوجين أمر حسن ، فإذا خرجت المرأة عـن طاعـة زوجها ، وعظها وذكرها بما أوجبه الله عليها لزوجها فقد ينفـع هذا العلاج ، وتعود المرأة إلى صوابها ، وكثيرا مـا يحصـل ذلك من النساء العاقلات المتزنات .

ـ مرحلة الهجر :

إذا لم تستجب المرأة الناشز بالنصح ولـم يتفتـح قلبـها للموعظة الحسنة ولم تتأثر بترغيبها فـى ثـواب الله ودخـول جنته، ولم ترتدع من تخويفها بعذاب الله وسخطه ونقمتـه ، لأن هناك هوى غالبا أو انفعالا جامحا أو استعلاء بجمال أو بمـال أو بحسب .

هنا أجاز الإسلام لزوجها تقويمها ، بحركة استغلاء منـه على كل ما تتدلل به من جمال وجاذبية ، أو بأى قيـم أخـرى ترفع بها ذاتها عن ذاته ، أو كونه شريكا لـها فـى مؤسسـة الزوجية وقيما عليـها . قـال تعـالى : " واهجروهـن فـى المضاجع" .

ولقد ترك الإسلام صور الهجر وكيفيته من غير إيضـاح دقيق وأباح للزوج المسلم أن يختار بفطنته وذكائه الكيفية التـى يرى أنها تصلح لزوجته وتؤتى ثمارها معـها وتعيدهـا إلـى صوابها ورشدها دون إيذاء أو تخريج .

ـ مرحلة الضرب :

إذا لم يفلح الهجر فى المضجع جرب معها الضرب اليسير ، وهو الضرب غير الوجه والرأس وبشرط ألا يحرق الضرب جلداً أو يسوده أو يكسر عظماً ، بمعنى ألا يحدث الضرب كدمات أو عاهات فى لغة القانون الجنائى ، وإلا كان الضرب فاحشاً واستوجب تعزير القاضى للزوج أى عقابه ، بل وكان للزوجة أن تطلب تطليقها لإضرار الزوج بها ضرراً لا يستطاع معه دوام العشرة .

كما يشترط فى الضرب اليسير أن يكون بقصد أن تعدل الزوجة عن نشوزها ، لا بقصد إهانتها .

فإذا لم يفلح الضرب اليسير فإن الآية القرآنية الآتية ترسم خطوات طريق آخر لإصلاح هذا النشوز وهو التحكيم عن طريق بعث الحكمين ، حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، للإصلاح بين الزوجين .

قال تعالى : " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيرا " (١) .

فإذا تبين استحالة الصلح بينهما فلا حل غير الفراق ، طلاقاً أو خلعاً .

---

(١) من سورة النساء : الآية (٣٤) .

ولكن ما الحكم إذا اشترطت المرأة على من يريد الزواج بها ألا يضربها .

لاشك أن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد ؛ لأن ضرب الزوج لزوجته ضربا خفيفا غير مبرح ورد فى القرآن الكريم كما سبق بيانه .

كما ورد فى السنة ، قال صلى الله عليه وسلم : " اضربوا النساء إذا عصينكم فى معروف ضربا غير مبرح"[١].

فضرب الزوج لزوجته مشروع فى الإسلام ، واشتراط منع الزوج منه مخالف لمقتضى العقد ، وبالتالى يفسد الشرط ويصح العقد ، لكن هذا الضرب له كيفية ، كما أنه يستخدم فى حالات وظروف خاصة .

أما عن كيفيته : فلا يحل للرجل أن يضرب وجه زوجته لما فيه من إهانة لكرامة الإنسان ومن خطر على هذا العضو الذى يجمع محاسن الجسم ، بل عليه أن يفرق الضرب على بدنها لئلا يعظم ضرره ، فإذا أساء الرجل استعمال هذه الوسيلة وأدى ذلك إلى الهلاك ، فهو بذلك آثم ووجب عليه الضمان [٢] .

---

(١) رواه مسلم فى صحيحه ، كتاب الحج ، جـ ٢ ، ص ٢٤٠ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن ، للإمام القرطبى ، طبعة دار الريان للتراث ، جـ ٣ ، ص ١٧٤٣ .

وهكذا يتضح أن ضرب الزوج لزوجته فى الإسلام مـــا هو إلا تعبير شديد اللهجة عن عدم الرضـــا ، وليــس تعذيبـاً للانتقام والتشفى ، وليس إهانة إذلالاً ولا تحقيراً ، وليس قســراً وإرغاماً على معيشة لا ترضاها .

وأما عن حالات الضرب : فيجوز للــزوج أن يضــرب زوجته ولو كانت صغيرة ، فالصغر لا يمنع وجوب الضــوب . وذلك على الأمور الآتية : تمردها وكثرة عصيانها ، ومخالفتــها لأوامره مثل :

١ــ ترك الزينة الشرعية مع قدرتها عليها ، لكن يشــترط فــى الزينة التى يطلبها الزوج من زوجته :

أ ــ أن تكون الزينة شرعية ، فإن كانت غير شرعية فــلا يحق له تعزيرها .

ب ــ أن تكون قادرة على إجرائها ، فإن كانت مريضــة أو فى إحرام فلا يحق له تعزيرها .

٢ــ تركها غسل الجنابة إن كانت مسلمة بخلاف الذميــة لعــدم خطابها به ، وهذا على القول بأن الكفار ليســوا مخــاطبين بفروع الشريعة ، وتركها للصلاة وإهمالها فرائض الله .

٣ــ خروجها من المنزل بغير إذنه وبغير حق بعد إيفاء المــهر، فيشترط هنا :

أ ــ أن تكون قد استوفت المهر .

ب ــ أن يكون الخروج بغير حق ، فإن كان الخروج بحـق

فلا يجوز له تعزيرها .

٤ـ ترك الإجابة إلى الفراش لو كانت طاهرة ، أى غير حائض ، وخالية من صوم فرض ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فلم تأته فبات غضبان عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح " (١) .

٥ـ ما فى معنى هذه المسائل وقد ذكرها ابن عابدين فى الأمور الآتية :

أ ــ لو ضربت ولدها الصغير عند بكائه .

ب ــ أن لا تتعظ بوعظه ، ومفاد ذلك أنه يعزرها أول مرة.

جـ ــ أن تشتمه ولو بنحو يا حمار ، أو دعت عليه ، أو مزقت ثيابه ، أو كلمته ليسمعها أجنبى ، أو كشفت وجهها لغير محرم ، أو كلمته أو شتمته أو أعطت ما لم تجر العادة به بلا إذنه.

د ــ لا يدخل فى ذلك ما لو طلبت نفقتها أو كسوتها وألحت ؛ لأن لصاحب الحق أن يطلب ذلك (٢) .

٦ـ تساهلها فى قبول زيارة من يكرههم زوجها ولو كان من أقاربها ، قال عليه الصلاة والسلام : " اتقوا الله فى النساء

---

(١) سنن أبى داود ، جـ ٢ ، ص ٣٢٨ .

(٢) ابن عابدين ، جـ ٢ ، ص ٨٩٠ .

فإنكم أخذتموهنّ بأمانة الله واستحللتم فروجهنّ بكلمة الله ولكم عليهنّ أن لا يوطئن فراشكم أحداً تكرهونه ، فإن فعلن فاضربوهنّ ضرباً غير مبرح ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف " (١) .

فالمراد بوطء الفراش هنا زيارة من يكرههم الزوج وليس الزنا والفاحشة ؛ لأن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ لا يمكن أن يقرر الضرب غير المبرح كعقوبة للزنا والفاحشة ، فإن لهما العقاب الخاص بهما .

وإذا رأى الزوج زوجته متلبسة بالزنا فقتل من يزني بها فلا تعزير عليه وإن افتأت على الإمام ، لأجل الحمية ، ومعنى العزر بالحمية : إرادة المنع عما يطلب من الإنسان حمايته وفى المختار لحمية العار والأنفة (٢) .

ويشترط لعدم العقاب فى هذه الحالة : أن يثبت الفعل على المقتول وإلا فالقتل جائز باطناً (أى فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى من ناحية الدين) ، ويقاد به ظاهره (أى في الحكم والقضاء فيحكم على القاتل بالقصاص بالنظر إلى الظاهر وما وقع منه) .

وجملة القول بالنسبة لحق الزوج فى ضرب زوجته :

---

(١) التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول ، للشيخ / منصور على ناصف ، جـ ٢ ، ص ١٤٣ـ١٤٤ .

(٢) شرح الزيلعى على متن الكنز ، جـ ٣ ، ص ٣٠٨ .

له أن يعزر زوجته على تفريطها فى حقوق الزوجيـــة والتــى تعود عليه هو أصلا بالمنفعة ، سواء كان التفريط مباشــرا أو غير مباشر ، ويستهدى فى ذلك بما ورد فـــى كــلام الفقــهاء العادلين دون إفراط أو تفريط . أما بالنسبة لحق الله ، فلـــه أن ينصحها ويعظها ويطلب من الله لها الهداية .

جـ ـ اشتراط الزوجة على زوجها أن يكون لها الحــق فــى تطليق نفسها بنفسها دون أن يكون لها الحق فى ذلك:

الحياة الزوجية تنتهى بين الزوجين بالوفـــاة لأحدهمـــا ، وتنتهى كذلك بالفرقة بينهما فى حال حياتهما ، وهذه الفرقة قــد يكون طريقها الطلاق الذى يحتسب علــى الــزوج مــن عــدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته .

وقد يكون طريقها الفسخ لعقد الزواج وعلى أثره تحصـل الفرقة بين الزوج وزوجته كالطلاق ولكنـــه لا يحتســب علــى الزوج من العدد وعلى هذا إذا عقد الرجل على المــرأة عقــدا صحيحا مرة أخرى فتعود الحياة الزوجيـــة بينــهما بــدون أن ينقص عدد الطلقات المباح لزوجها .

ولقد شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق فى شريعة محمــد ـ صلى الله عليه وسلم . ويدلنا على مشروعيته الكتاب والســنة والإجماع .

أما الكتاب :

فقوله تعالى : " يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهــن

لعدتهن " [١] . وقال تعالى : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " [٢] .

وأما السنّة :

فقوله ـ صلى الله عليه وسلم : " إنما الطلاق لمن أخذ بالساق " [٣] . وقوله ـ صلى الله عليه وسلم : " أبغض الحلال إلى الله عزّ وجل الطلاق " [٤] .

وأما الإجماع :

فقد انعقد في كل العصور من عصر الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ إلى عصرنا هذا على جواز الطلاق وإباحته .

وأما الدليل العقلي :

فالعقل يجوز الطلاق ؛ لأن الحياة الزوجية ربما تفسد بين الزوجين ، وذلك يؤدى إلى ضرر عظيم ، وبقاء الزوج مع وجود الضرر مفسدة ما بعدها مفسدة ، فالزوج يكون ملزماً بالنفقة بأنواعها الثلاثة ، والزوجة تكون محبوسة على زوجها مع سوء العشرة والخصومة الدائمة ، فشرع الله سبحانه وتعالى ما يزيل النكاح لتزول هذه المفسدة الحاصلة مع بقائه.

والذى يملك الطلاق هو الزوج .

---

(١) من سورة الطلاق : الآية (١) .

(٢) من سورة البقرة : الآية (٢٢٩) .

(٣) نيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ٢٣٨ .

(٤) نيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ٢٢٠ .

فقد وردت آيات كثيرة فى القرآن الكريم أسند فيها الحق سبحانه وتعالى الطلاق إلى الرجال ، مما يدل على أن الطلاق بيد الزوج دون الزوجة .

منها قوله تعالى : " يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهنّ لعدتهنّ " [١] . وقال تعالى : " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهنّ أو تفرضوا لهنّ فريضة " [٢] . وقال سبحانه : " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهنّ من قبل أن تمسوهنّ فما لكم عليهنّ من عدة تعتدونها " [٣] . وقال تعالى: " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف " [٤]. وقال تعالى: " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهنّ قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً " [٥] .

ومن السنّة النبوية الشريفة :

قال صلى الله عليه وسلم : " إنما الطلاق لمن أخذ بالساق " [٦] . وقال صلى الله عليه وسلم لعمر : " مُره

---

(١) من سورة الطلاق : الآية (١) .

(٢) من سورة البقرة : الآية (٢٣٦) .

(٣) من سورة الأحزاب : الآية (٤٩) .

(٤) من سورة البقرة : الآية (٢٣١) .

(٥) من سورة النساء : الآية (٢٠) .

(٦) نيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ٢٣٨ .

فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق " [1] .

فهذه النصوص تدلنا دلالة ظاهرة على أن الطلاق حق للزوج وحده دون غيره ؛ لأن الخطاب فيها للزوج دون سواه فيكون الطلاق بيده .

ومن الإجماع :

فقد أجمعت الأمة منذ وفاة النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ على أن الطلاق بيد الرجال دون النساء .

وقد جعلت الشريعة الإسلامية الطلاق بيد الرجل ولم تجعل الطلاق بيد المرأة ؛ لأنها سريعة التأثر والانقياد لحكم العاطفة أكثر من الرجل ، فطبيعتها تدفعها إلى الجرى وراء عاطفتها .

فإذا جعل أمر الطلاق بيدها فربما تثور لأتفه الأسباب وتندفع فى غضبها ولا تبالى بالعواقب التى تترتب على الطلاق ، وتنهى الحياة الزوجية بدون سبب حقيقى يدعو إلى ذلك . والطلاق من الأمور التى تحتاج إلى التريث والتروى ؛ لأنه يترتب عليه حقوق مالية يكون المطلق ملزما بها ، فناسب جعله بيد الرجل الذى تفرض عليه الظروف أن يفكر مرة بعد مرة قبل أن يطلق زوجته ويطالب بمؤخر الصداق ونفقة العدة.

---

(١) سبل السلام ، جـ ٣ ، ص ٢٠٥ .

فالطلاق يكبّد الرجل نفقات مالية كثيرة قد لا يستطيع حملها ، فمؤخر الصداق يحل به والمتعة كذلك وفراق أولاده وانشغال باله عليهم والنفقات التى تجب عليه لهم وصداق زوجة أخرى وما يتبع ذلك .

فمن الحكمة أن يجعل أمر الطلاق بيد الرجل حتى إذا أقدم عليه كان وحده المسئول عن عاقبة ما فعله .

وقد يقول قائل إن هناك من الرجال من هو أكثر تأثراً وأسرع انفعالاً من بعض النساء ، وإن هناك من النساء من تستطيع أن تضبط نفسها عند الغضب ، وأن تغلب جانب العقل على العاطفة ، فلماذا يكون الطلاق بيد الرجل وليس بيد المرأة.

والجواب عن هذا بأن الشأن الغالب فى الرجال هو التعقل وضبط النفس ، وليس كذلك النساء ، والأحكام الشرعية إنما تبنى على الأمر الغالب دون الأمر النادر والقليل . وقد منحت الشريعة الإسلامية المرأة الحق فى طلب التفريق بينها وبين زوجها إذا كان يؤذيها وتتضرر بالبقاء معه ، وعلى القاضى أن يفرق بينهما إذا ثبت له وقوع الضرر عليها ، وهذه طريقة تتخلص بها المرأة من سلطان الزوج عليها ، ولكنها لا تملك التفريق بنفسها ، بل لابد من الرجوع للقاضى ليقوم بالتفريق لنفس العلة التى من أجلها كان الطلاق بيد الرجل لا بيد المرأة .

وعلى هذا يكون الرجل أصيلاً فى الطلاق ولا يصح تقييد الرجل فى طلاق بأية قيود تعوقه عن إيقاع الطلاق إذا كانت هناك حاجة تدعو إليه ، ومن ينادى بجعل الطلاق بيد القاضى يكون قد قيد أمراً مطلقاً فى الكتاب والسنّة ، وذلك أمر لا يجوز ؛ لأن المطلق يجب أن يبقى على إطلاقه ، ولا يقيد إلا بدليل ، وليس هناك دليل على هذا التقييد [١] .

فتكليف الزوج بأن يلجأ للقاضى للحكم بالطلاق ، إذا كان هناك مبرر له أمراً ليس فى صالح المرأة ؛ لأنه يعنى أن يلجأ الزوج إلى القاضى لكشف عيوب زوجته ، فهذه العيوب هى وحدها التى يمكن أن تبرر له الطلاق كما يحدث فى محاكم البلاد التى جعلت الطلاق بيد القاضى ، حيث يتعين على الزوج أن يثبت سوء سلوك زوجته ، أو سوء طباعها المؤدى إلى اعتدائها عليه اعتداء جسيماً أو تقصيرها فى أداء واجباتها تقصيراً يؤدى إلى استحكام النفور بينهما ، وغير ذلك مما قد يذكره من عيوب . هذا إلى جانب محاولة الزوج

---

(١) الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ، أ . د . / محمود محمد طنطاوى ، ص ٢٨٠ .

فإذا اشترط الزوج على زوجته أن يكون الطلاق بيده ، وأن يطلق زوجته متى شاء ، فهذا الشرط ليس حكماً من أحكام عقد الزواج ولا يؤكد حكم يقتضيه هذا العقد ، ولكن دلت عليه أدلة شرعية من الكتاب والسنّة والإجماع ، وبالتالى يكون هذا الشرط صحيح ويجب الوفاء به .

المبالغة فى هذه العيوب أو الكذب فيها أو الاستعانة بشهود زور وغير ذلك ..

ولهذا كله لم تجعل الشريعة الإسلامية الطلاق بيد القاضى وإنما جعلته فى يد الزوج فى الأصل وألزمته بكافة أعباء الطلاق ، سواء كان مخطئاً فى طلاقه ، أم كان خطأ زوجته هو الذى أدى إلى الطلاق ، وذلك رحمة بالنساء وستراً لعيوبهن [(١)] .

ولما كان الطلاق حق للزوج ، فله أن يتولاه بنفسه ، وله أن ينيب عنه غيره ؛ لأنه من التصرفات القابلة للإنابة شرعاً . وللإنابة فى الطلاق طريقان : التوكيل ، والتفويض .

فالتوكيل فى الطلاق : أن ينيب الزوج غيره فى تطليق امرأته بأن يقول له : وكلتك أن تطلق امرأتى ، فإذا قال الوكيل لها أن زوجك قد وكلنى بتطليقك ، فأنت طالق ، وقع الطلاق [(٢)] ، سواء طلقها فى مجلس الوكالة أو بعده ، ويكون حينئذ سفيراً ومعبراً عاملاً بإرادة الموكل ، وللزوج أن يعزله وأن يرجع عن توكيله ، فإذا عزله فليس له أن يطلق [(٣)] .

---

(١) الأسرة وقانون الأحوال الشخصية ، أ . د . / عبد الناصر توفيق العطار ، ص ٩٨ .

(٢) أحكام الأسرة فى الإسلام ، الجزء الثانى ، أ . د . / أحمد فراج حسين ، طبعة ١٩٨٥ م ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بالإسكندرية ، ص ٩٥ .

(٣) فتح القدير ، جـ ٣ ، ١١٦ .

والوكيل يفترق عن الرسول في كـون الرسـول ينقـل عبارة الزوج ولا ينشئ عبارة من نفسه ، أما الوكيل فإنه يعـبر بعبارته فلم ينقل عبارة موكله .

والتفويض : هو تمليك الغير الطلاق . فيشـمل تمليـك الزوج غيره في تطليق امرأته ، أو تمليكـه الزوجـة تطليـق نفسها ، والمفوض مالك يعمل بمشيئته ، ولا يحتـاج تفويضـه إلى قبوله ، فإذا قال لآخر طلق امرأتي إن شـئت كـان ذلـك تفويضاً ؛ لأنه إذا علق الطلاق على مشيئته ، فإن شـاء طلّـق وإن شاء لم يفعل ، فلم يكن توكيلاً بل تمليكاً [1] .

ولا يملك المفوض عزل من فوّضه ، بل إنـه يلزمـه ، وهذا لأن التفويض تعليق للطلاق على المشيئة بمن فوض إليـه، فهو طلاق معلق .

ومن علق الطلاق على أمر لا يملك الرجـوع وإلغـاء التعليق ، كما أن التفويض يتقيد بوقت مجلسـه ، فلـو طلـق المفوض فيه وقع ، وإلا بطل التفويـض ، اللـهم إلا إذا كـان التفويض تعم صيغته الأوقات كلها ، كما إذا قـال لـه طلّـق امرأتي في أي وقت شئت ، فإنه لا يتقيد بالمجلس .

وكما يكون التفويض لأجنبي يكون للزوجة ، بأن يقـول

---

(١) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، للمرحوم / أحمد بك إبراهيـم، الطبعة الثالثة ، سنة ١٩٣٨ ، ص ٩٢ .

لها طلقى نفسك ، فإنها تملك الطلاق بمجرد قوله ، وإن لم تقل قبلت ، وليس للزوج أن يرجع أو يعزلها لكن يتقيد بالمجلس[1]، وتسرى أحكام تفويض الأجنبى على تفويض الزوجة .

ألفاظ التفويض :

ألفاظ التفويض ، صريح وكناية .

فالصريح : كما إذا قال للزوجة طلقى نفسك ، أو طلقى نفسك متى شئت أو إذا شئت ، أو اختارى نفسك .

فإذا قال لها ذلك وطلقت نفسها وقع الطلاق من غير احتياج إلى نية ، وكان طلقة رجعية ، إلا إذا كان قبل الدخول

---

(١) **الفرق بين التوكيل والتفويض :**

أ ـ فى حالة التوكيل للزوج أن يعزل الوكيل فى أى وقت شاء ، أما التفويض فليس للزوج عزل من فوضه . والعلة فى ذلك أن التفويض تعليق الطلاق على المشيئة ممن فوض إليه ، فهو طلاق معلق ، ومن علق الطلاق على أمر لا يملك أن يرجع ويلغى تعليقه .

ويستوى بالنسبة لهذه العلة الزوجة والأجنبى ، وليس معنى التفويض أن ملكية الزوج للطلاق قد زالت ، بل كل ما فى الأمر أنه أشرك غيره معه فيما يملكه من تصرف .

ـ الوكيل بالطلاق له أن يطلق فى مجلس التوكيل وأن يطلق بعده ، مادام الموكل لم يقيده بزمن أو مكان معين . أما المفوض إليه فإنه يتقيد بمجلس التفويض ، إلا إذا كانت صيغة التفويض تعم الأوقات كلها ، كأن يقول الرجل لامرأته طلقى نفسك متى شئت ، أو فى أى وقت شئت ، ففى هذه الحالة لا يتقيد الطلاق بمجلس التفويض .

أحكام الأسرة فى الإسلام ، أ . د . / أحمد فراج حسين ، ص ٩٦ .

أو على مال أو مكملا للثلاث ؛ ذلك لأن الزوج لا يملك إلا الرجعى ، فلا تملك الزوجة غيره [١] .

والكناية : كما إذا قال لها اختارى ، أمرك بيدك ؛ لأنهما يحتملان التفويض وغيره ، فيحتاج تمامه بهما إلى النية[٢] ، وأن تضيف الطلاق إلى نفسها ، وللزوجة حق اختيار نفسها فيكون طلاقا ، وحق اختيار زوجها والإبقاء على الزوجية.

غاية الأمر أن حق التطليق قد صار إليها بصدور اللفظ من الزوج ، ويقع بقول اختارى نفسك إذا اختارت نفسها طلقة رجعية ؛ لأنها من الصريح فى التفويض فلا تحتمل غيره ، ولذا لا تحتاج إلى نية .

أما إذا قال الزوج اختارى من غير أن يذكر النفس فإنه يكون كناية لاحتماله التفويض وغيره ، فيقع به طلاق بائن متى نوى الزوج الطلاق ـ عند الحنفية [٣] ؛ لأنه ينبئ عن الاستخلاص عن ذلك الملك وهو بالبينونة ، وإلا لم يحصل فائدة التخيير إذا كان له أن يراجعها شاءت أو أبت .

وقال ابن القيم : (وقال أهل الظاهر وجماعة من الصحابة لا يقع به طلاق ، سواء اختارت نفسها أو اختارت

---

(١) كما هو مقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م .

(٢) تبيين الحقائق ، جـ ٢ ، ص ٢٢٠ .

(٣) تبيين الحقائق ، جـ ٢ ، ص ٢٢٥ .

زوجها ، ولا أثر للتخيير في وقوع الطلاق .

ولعل حجتهم أن الطلاق قد ملكــــه الله تعــالى للرجــل لحكمة لا تتحقق عند جعله بيد المرأة .

وما روى عن الصحابة فى ذلك مضطــرب ومتنــاقض فلا يبطل ما شرع الله من غير دليل) [1] .

وعند اختلاف الزوجين فى وجود النية يكون القول قــول الزوج بيمينه ، إلا إذا أثبتت دعواها بالبينة .

الأمر باليد :

قد يكون التفويض بلفظ الأمر بـــاليد ، وصورتـــه : أن يقول الزوج لامرأته : (أمرك بيدك) ، فـــإذا قـــالت الزوجـــة : اخترت أمرى ، وكان الزوج ينوى الطلاق وقعت طلقة بائنـــة ، فالشرط نية الزوج الطلاق ؛ لأن اللفظ من الكنايات فإن لم ينـوه لا يصح ، وإن قال الزوج ما أردت الطلاق صدق .

كما يشترط علم المرأة حتى لو كانت غائبة أو حـــاضرة غير سامعة لا يصير لها الأمر [2] .

والأمر باليد لازم من جهة الزوج لا يملك الرجوع عنــه، ولا ف[illegible] ؛ لأنه ملكها الطلاق ، ومن ملك غـــيره شـيئا فقـد زالت ولايته عنه ، فلا يملك إبطاله ولا الرجوع عنه ، هذا مــن

---

(١) زاد المعاد ، جـ ٤ ، ص ٩٨ .

(٢) بدائع الصنائع ، جـ ٢، ص ١١٣، تبيين الحقائق ، جـ ٢ ، ص ٢٢٥.

جانب الرجل ، أما من جانب المرأة فإنه غير لازم ؛ لأنه لما جعل الأمر بيدها فقد خيرها ، والتخيير ينافى اللزوم ويتقيد اختيارها فى الأمر باليد أيضا إذا كان مطلقا ، فإن كان مقيدا كأن قال لها : أمرك بيدك إذا شئت ، كان لها الخيار فى المجلس وغير المجلس ، وليس للمرأة أن تختار نفسها إلا مرة واحدة ؛ لأن الأمر لا يقتضى التكرار اللهم إلا إذا اقترن الأمر بما يقتضى ذلك .

المشيئة :

من قال لزوجته أنت طالق إن شئت، أو أحببت أو أردت فهو كقوله : اختارى فى جميع ما تقدم، لأن كل منهما تمليك الطلاق إلا أن الواقع بالتعليق على المشيئة ونحوها طلاق رجعى لا بائن، وهذا لأن المفوض لها ههنا صريح، والواقع بالصريح رجعى، والمفوض لها فى التخيير، والأمر باليد كناية والواقع بها بائن.

وإذا قال لها أنت طالق إن شاء فلان – يتقيد بمجلس علم فلان فإن شاء فى مجلس علمه وقع الطلاق، وكذا إذا كان غائبا وبلغه الخبر يقتصر على مجلس علمه، لأن هذا تمليك الطلاق فيتقيد بالمجلس [1].

---

(١) أحكام الزواج والطلاق فى الإسلام ، أ.د . / بدران أبو العنين بدران ، ص ٢٥٠.

وبالنسبة لبيان حكم اشتراط المرأة على من يريد الزواج منها على تفويضها فى طلاق نفسها.

أولا : يتفق الفقه الإسلامى على وجوب التفرقة فى هذا الصدد بين فرضين :

الفرض الأول : أن يقع الاتفاق على هذا الشرط قبل تمام العقد وعندئذ يعتبر شرطا باطلا.

مثال ذلك : أن يقول الزوج تزوجتك على أن يكون أمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت، وقبلت المرأة ذلك.

فإن الزواج يصح ويبطل التفويض، فلا تكون العصمة بيدها[1] ، وبالتالى لا تملك أن تطلق نفسها للأسباب الآتية :

أ- أن الزوج ملكها تطليق نفسها قبل أن يتم عقد الزواج ولا يصح أن يملك الإنسان غيره شيئا لا يملكه.

فالاشتراط عندئذ يكون واردا على غير محل نظرا لعدم قيام الزوجية.

ب- العقد فى هذه الحالة يكون قد اقترن بشرط غير ملائم له وذلك بحسب أن مقصود النكاح هو دوام العشرة واستمرار الحياة الزوجية.

ولاشك أن مثل هذا الاشتراط قبل قيام العقد يعتبر فى

---

(١) ومعنى أن تكون العصمة فى يد الزوجة.. أن يكون للزوجة الحق فى أن تطلق نفسها وقتما شاءت وهو تفويض من الزوج لها لذلك.

معنى تأقيت النكاح وهو لا يجوز شرعا [1] .

الفرض الثانى : أن يكون الاتفاق على هذا الشرط مقترنا بالعقد أو يكون بعد العقد وأثناء قيام الحياة الزوجية فهنا يكون الاشتراط صحيح.

غاية الأمر أنه إذا كان عند إنشاء العقد، يشترط أن يكون الإيجاب صادرا من الزوجة كأن تقول : زوجتك نفسى على أن يكون أمرى بيدى، أطلق نفسى متى شئت، فإذا قبل

---

(١) حرصت الشريعة الإسلامية على عدم تأقيت عقد النكاح ورغبت فى الزواج المستمر الذى هو من سنن الأنبياء والمرسلين وحتى تتحقق مباهاة الرسول صلى الله عليه وسلم بأمته يوم القيامة.

فالزوجان يعقدان العقد إلى ما يشاء الله لهما، دون أن يقيداه بقيد يكون منافيا لمبادئه السامية كما إذا تزوجا لفترة محددة مؤقتة فإن ذلك يجعل الزواج أو الالتقاء بين الزوجين بعيدا كل البعد عن مقاصده السامية من السكن والمودة والرحمة وإنجاب البنين والحفدة ، فضلا عن كونه يجعل البشر كمثل قطيع من الماشية وإذا كان الخالق سبحانه وتعالى قد وضع فى الإنسان غريزة الجنس لتكون حافزا إلى زواج يبقى به النوع ويعمر الكون فإن الزواج المؤقت هذا إذ يجعل كثيرا من الناس يكتفون فى قضاء حاجتهم الجنسية بالمتعة الجسدية وينصرفون عن الزواج الطبيعى بما فيه من تبعات وتكاليف.

إعانة الطالبين ، جـ٤، ص١٤٦، الهداية، جـ١، ص١٩٥ ، الطبعة الأخيرة مطبعة الحلبى ، المغنى ، جـ١ ، ص١٥٤ ، شرح فتح القدير ، جـ٣، ص٢٤٦ ، بداية المجتهد ، جـ٢ ، ص٤٣٤ ، أحكام القرآن ، للجصاص ، جـ٢ ، ص١٤٩ .

الزوج ذلك تم الزواج وكان لها أن تطلق نفسها متى شاءت.

فهنا عندما اشترطت المرأة مع الإيجاب تمليكها الطلاق، وقد قبل الزوج ذلك فقد تضمن قبوله قبول الزواج، ثم قبول الشرط فيكون التفويض قد تم بعد تمام عقد الزواج.. فيصح الزواج فى هذه الحالة ويكون أمرها بيدها على الصورة التى قالتها وقبلها الزوج.

فإذا فوض الزوج الطلاق إلى زوجته بعد العقد وأثناء الحياة الزوجية بناء على اشتراطها هذا الشرط عليه.. كان الشرط صحيح ويجب الوفاء به.

فإذا كان لفظ التفويض مقترن بما يغير التعميم فى جميع الأوقات كما لو قال لها : طلقى نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها فى أى وقت تشاء، وليس لها أن تكرر الطلاق إلا إذا كانت صيغة التفويض تفيد التكرار كأن يقول لها طلقى نفسك متى شئت وكلما شئت ففى هذه الحالة لها أن تكرر الطلاق فتطلق نفسها مرة بعد مرة.

فإذا طلقت نفسها ثلاث طلقات فى ثلاث مرات، ثم تزو بزوج آخر وعادت إلى الزوج الأول، فلا تملك تطليق نفسها لأنها عادت بملك جديد وحل جديد لا يبقى معه أثر للتفويض الذى كان فى الملك الأول.

أما إذا طلقت نفسها مرة أو مرتين فتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الأول فذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف، إلى

أنها تملك تطليق نفسها ثلاث مرات أخرى فى هذا الحـــل، لأن الزوج يملك عليها فيه ثلاث طلقات، وقال محمد : أنها لا تملـك من الطلاق إلا ما بقى. من الثلاث الأولى، لأن الزوج لا يملـك عليها بعد عودتها إليه إلا ما بقى من تلك الطلقات [1] .

أما إذا كان التفويض مقيدا بمدة معينـــة، كمـا إذا قـال لزوجته أمرك بيدك لمدة شهر اعتبارا من اليوم، فلها أن تطلـق نفسها تطليقة واحدة بموجـب هـذا التفويـض خـلال المـدة المذكورة. وليس لها أن تطلق نفسها بعد مضيها لأن التفويـض ينتهى بانتهاء المدة المعينة.

وإن كان التفويض مطلقا أى ليس مقيدا بزمن معيـن ولا مقترنا بما يدل على التعميم، كأن يقول الزوج لزوجتـه أمـرك بيدك، أو طلقى نفسك، ولا يزيد على ذلك أو تقول الزوجـة : تزوجتك على أن يكون أمر طلاقى بيدى، ويقول قبلـت، فـإن

---

(١) أحكام الأسرة فى الإسلام ، أ. د/ أحمد فراج حسين ، ص ٩٨ .

وجاء فى الطعن رقم ٨٨ لسنة ٦٣ نقض أحوال شخصية جلسـة ٢٨ يناير سنة ١٩٩٧، (إذا اشترطت الزوجة فى التفويض الصـادر لـها أن تطلق نفسها متى شاءت وكيف شاءت، فلها أن تطلق نفسها مـرة واحـدة رجعية – لأن هذه العبارة لا تفيد التكرار أما إذا اشـترطت الزوجـة أن تطلق نفسها كلما شاءت فلها أن تطلق نفسها مرة بعد أخرى حتى تسـتكمل الثلاث طلقات وليس لها أن تجمع الطلقات الثلاث فى مـرة واحـدة ، لأن كلمة (كلما) تفيد التكرار ولا يملك عليها زوجها حينئذ سوى الرجعة بعـد الطلقة الأولى والثانية).

التفويض فى هذه الحالة يتقيد بمجلس إنشاء العقد فلها أن تطلق نفسها مادام المجلس لم يتبدل فإذا أنتهى المجلس لم يكن لها الحق فى طلاق نفسها [1] .

ونوع الطلاق الواقع بالتفويض يتحدد حسب نوع لفظ التفويض فإذا كان التفويض بصريح الطلاق كان الطلاق رجعيا، فلو قال الرجل لزوجته طلقى نفسك، فقالت : طلقت نفسى كان الطلاق الواقع رجعيا..

وإن كان التفويض بالكناية ونوى المطلق الطلاق كان الواقع به بائنا.

وإذا كانت العصمة فى يد الزوجة فمن حقها قانونا أن تطلق نفسها ويقع الطلاق الواقع بالتفويض رجعيا إلا إذا كان قبل الدخول أو فى مقابلة مال أو مكملا للثلاث م (٥) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. ولكن هل يمكن لهذه الزوجة أن تراجع زوجها وهى فى فترة العدة.

القانون يقول : لا فالزوجة إذا كانت العصمة فى يدها فلها أن تطلق زوجها بنفس ألفاظ الطلاق التى يقولها الرجل فتقول لزوجها : أنت طالق أو طلقتك أو نحو ذلك من ألفاظ الطلاق الصريحة. فالزوجة إذا طلقت زوجها فلا يمكن لها الحق فى أن تراجعه بعد طلاقه بإرادتها.. وكذلك لا يمكن لها

---

(١) أحكام الأسرة فى الإسلام ، ص ٩٨ .

أن تطالب زوجها الذى طلقته بنفقة. وهذه الاعتبارات لابد أن تكون أمام الزوجين حين يتفقان على أن تكون العصمة فى يد الزوجة.

القسم الثانى : الشروط الخاصة بحق الزوج فى قرار زوجته فى بيت الزوجية :

من حقوق الزوج على زوجته أن تقر فى بيت الزوجية[1] ، الذى أخذها ، ووفر لها أسباب الراحة فيه ، وجعلها المسئولة أمام الله عنه ، فتلك مملكتها الصغيرة ، عليها رعايتها وتنظيمها وتجميلها وإشاعة البهجة والسرور فيها ، إن أحسنت هذه الرعاية جعلت من عش الزوجية جنة جميلة لزوجها وواحة وارفة الظلال فى صحراء الحياة للأسرة الصغيرة ، وإن أهملت رعايتها لها كانت صحراء قاحلة جرداء إلا من الشمس المحرقة والتيه الذى يضل فيه السائرون.

والقرار في بيت الزوجية هو السبيل إلى تحقيق المطالب الزوجية ، فتؤدى للزوج حقه وتنجب له الأولاد ، وتقوم بتربيتهم ، وتهيئ أسباب الراحة للأسرة كلها ، فيجنى المجتمع من وراء ذلك الخير الكثير ، ومادام الزوج ينفق عليها ويوفر لها كل مطالب الحياة التي تريدها على حسب حالة ، فلم

---

(١) فى أحكام الأسرة ، أ . د ./ محمد بلتاجى ، ص ٣٤٣ .

تخرج من بيته بدون إذنه [1] .

وأشير هنا إلى أشهر الشروط فى هذا المقام :

أ ـ اشتراط الزوج قرار زوجته فى بيت الزوجية ، ولا تخرج منه إلا بإذن منه :

فهذا أمر يقره الشرع الحنيف ويحث عليه ؛ لأن قرار الزوجة فى بيت زوجها التزام يجب عليها الوفاء به سواء اشترطه الزوج أو لم يشترطه .

لأن خروج المرأة ـ لغير ضرورة ـ من غير إذن زوجها ، فيه من الفتن ما فيه ، والخير كل الخير أن يقف الناس عند الحدود التى حدها لهم الله فى هذا الأمر ، فإن التوسع فى ذلك كثيرا ما يأتى بالشر والوبال على الأسرة .

وقرار المرأة فى بيت زوجها أمر دلت عليه الأدلة من القرآن والسنة والمعقول .

فمن القرآن الكريم :

قال الله تعالى: " وقرن فى بيوتكن" [2] ، أى الزمن بيوتكن ، فلا تخرجن لغير حاجة .

إذا كانت الآية الكريمة قد نزلت فى نساء النبى ـ

---

(1) الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ، الأستاذ الدكتور / محمود محمد طنطاوى ، طبعة ١٣٩٩ هـ ـ ١٩٧٩ م ، ص ٢٥٥ .

(2) من سورة الأحزاب ، الاية (٢٣) .

صلى الله عليه وسلم ـ فإن نساء الأمة تبع لهن في ذلك .

فهذه الآية الكريمة فيها الدلالة على أن النساء مأمورات بلزوم البيوت منهيات عن الخروج . فإذا خرجن فعليهن ستر عوراتهن ، والتزام العفة حتى لا يطمع فيهن ذئاب البشرية : أهل الفسق والفجور . وهذا الحق ثابت للرجل ، فإن شاء تمسك به ، ومنعها من الخروج إلا معه محتشمة غير متبرجة، غير متزينة ولا متعطرة ولا مرتدية الملابس المظهرة لمحاسنها ، المحددة لمفاتنها ، فإن خالف ذلك وخرجت بما لا يتفق مع الآداب والفضائل ، ووافق على ذلك استحق من الله العقاب والغضب عليه ، وباء بإثم عظيم .

وقال تعالى : "قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ، ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم ، إن الله خبير بما يصنعون . وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ، ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن أبناء بعولتهن أو إخواتهن أو بني إخوانهن أو بني أخواتهن أو نسائهن أو ما ملكت أيمانهن أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ، ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن ، وتوبوا إلى الله جميعا أيها المؤمنون لعلكم تفلحون " [١] .

---

(١) من سورة النور : الآيتان (٣٠ ، ٣١) .

ففى هذه الآيات الكريمة الحق تبارك وتعالى يأمر الرجال والنساء بغض النظر . وفى هذه التعاليم السماوية الحسنة ما يعود على الناس بالخير ، وما يوصلهم إلى بر الأمان فتكون الأسرة السعيدة ويتحقق المجتمع المثالى وترفوف على البشرية راية الأمن والعدل والسلام .

ومن السنة النبوية الشريفة والآثار :

أن امرأة سألت النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن حق الزوج على زوجته ، فقال : " حقه عليها أن لا تخرج من بيتها إلا بإذنه ، فإن فعلت ـ أى خرجت بدون إذنه ـ لعنها الله وملائكة الرحمة وملائكة الغضب ، حتى تتوب أو ترجع ".

وقال صلى الله عليه وسلم : " من قعدت منكن فى بيتها فإنها تدرك عمل المجاهدين فى سبيل الله " .

وروى هشام عن محمد بن سرين قال : قيل لسودة بنت زمعة ألا تخرجين كما تخرج أخواتك ، قالت : والله لقد حججت واعتمرت ، ثم أمرنى الله أن أقر فى بيتى ، فوالله لا أخرج . فما خرجت حتى أخرجوا جنازتها .

ومن المعقول :

فإن قرار الزوجة فى بيت الزوجية ، كحق من حقوق الزوج عليها وذلك فى مقابل قيام الزوج بواجب الإنفاق ، وتدبير المال اللازم لذلك خارج البيت ، فكان من واجبها أن ترعى بيت الزوجية من الداخل بالمكث فيه وعدم الخروج منه

إلا بإذن الزوج [١] إلا لضرورة .

ولعل الحكمة فى قرار الزوجات فى البيوت ، أن بالخروج ينفتح باب الفتنة ، وتنصرف المرأة عن مصالح زوجها وأولادها ، مما يكون سببا فى اختلال نظام الأسرة ، وسريان روح الشك فى سلوكها ، فتضيع كرامتها ولا تبقى لها معزتها وحرمتها [٢] .

إن الإسلام لا يمنع المرأة من أن تعمل وتكسب قوتها بعرقها وتشترى ما يلزمها من السوق ، إذا لم يكن لها من الرجال من يقوم بهذا العمل بدلا عنها ، ولكنها لا تخرج إلا متأدبة بأدب الإسلام .

وإذا كان خروج المرأة من بيتها أمرا ضروريا ، كقضاء ما يلزم لبيت الزوجية أو زيارة الأهل فهذا أمر جائز وعليها أن تستأذن الزوج فى الخروج إليه .

وقد نص الفقهاء على أن للزوجة أن تخرج لزيارة أبويها فى كل أسبوع مرة ولزيارة أحد محارمها ـ غيرهما ، والأولى أن يترك ذلك للعرف ، وهو يختلف باختلاف البلدان ، ويختلف كذلك باختلاف الأزمنة .

وإذا مرض أحد الوالدين للزوجة ، وليس له من يقوم

---

(١) أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى ، أ . د . / محمود بلال مهران ، ص٢٩٣.

(٢) الزواج والطلاق فى الإسلام ، ص ١٩٧ .

برعايته غيرها ، فيجوز لها أن تخرج إليه ولو لم يأذن لها زوجها فى ذلك ؛ لأن هذه ضرورة توجب عليها أن تقوم بخدمة المريض من أبويها ولو لم يكن على دينها .

وما ألزم الشارع سبحانه وتعالى المرأة بهذا الأمر – وهو القرار فى البيت – إلا لحماية الأسرة والمحافظة على أواصر المحبة بين أفرادها ، وليس المراد من ذلك حبس المرأة فى البيت والتضييق عليها فى الخروج منه ، بحيث يحبسها الزوج حبسا مطلقا لا تغادره إلا إلى القبر كما يظن ويفعل بعض الجهلاء ، فليس هذا حقا له ولم يكن من طباع السلف الصالح من المسلمين ولا من عاداتهم مع زوجاتهم ولم يقض بهذا قرآن ولا سنة صحيحة (١) .

إن الناس لو أنصفوا لاتبعوا هذه المبادئ السامية ، ففيها الخير كل الخير للمرأة ، وما شرعت إلا لأجل راحتها والحفاظ عليها ، والشفقة بها والبعد لها عن مزاحمة الرجال حتى تعيش معززة مكرمة ، يرعاها الأب ويوفر لها الحياة الكريمة قبل زواجها، ويتولى الزوج هذه العناية والرعاية بعد زواجه منها، فهى فى كل مراحل حياتها مصانة ومقدرة ومحترمة ، فهل يكون ذلك من دواعى سرورها أم من دواعى ألمها وإيذائها.

إن كل امرأة عاقلة تريد لنفسها عزا ، ولحياتها كرامة ،

---

(١) فى أحكام الأسرة ، أ . د ./ محمد بلتاجى ، ص ٣٤٣ .

هى التى تأتمر بأمر الدين ، وتنفذ هذه التعاليم ، ويكفيها شرفا ونبلا قول سيدنا محمد ـ صلى الله عليه وسلم ـ فيما رواه أنس عنه بقوله : جاءت النساء إلى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقلن يا رسول الله : ذهب الرجال بالفضل والجهاد فى سبيل الله ، فهل لنا من عمل ندرك به المجاهدين ، فقال عليه الصلاة والسلام : " من قعدت منكن فى بيتها فإنها تدرك عمل المجاهدين فى سبيل الله " .

ب ـ اشتراط الزوجة على زوجها أن تعمل بوظيفة معينة بعد الزواج ، أو أن تستمر فى العمل الذى كانت تعمل به قبل الزواج :

يمكن بيان حكم الفقه الإسلامى فى هذا الاشتراط فيما يلى:

أولا : لم يفرض الإسلام قوامة الرجل على المرأة ، من باب التعصب للرجال ضد النساء كما تحب الكتابات الغربية أن تصور القضية ، وإنما فرضها استجابة لدواعى الفطرة ، لدى الرجل والمرأة على السواء ، وحدد مبرراتها فى الآية القرآنية التى فرضت فيها هذه القوامة : " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم " [١] .

فالرجال هم الذين يعولون الأسرة ، وألف باء الإدارة

---

(١) من سورة النساء : الآية (٣٤) .

تقول : أن من ينفق لابد أن يدير ، فمن غير المعقول أن أنفق أنا ويدير غيرى ؛ لأن ذلك لابد أن يؤدى إلى (تبديد) الأموال لعدم إحساس هذا الغير بما بذل فى جمع هذه الأموال من جهد.

فإدارة وقيادة الأسرة تناسب الرجل ؛ لأنه الذى ينفق كما أنه مميز بتوافر صفات القيادة فيه .

ثانيا : القاعدة التى قرر القرآن بها المماثلة بين الزوجين، فى الحقوق والواجبات ، والتى وردت فى قوله تعالى : " ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة " ، كما ورد فيها تقرير مسئولية الهيمنة وقيادة الأسرة على الرجل فيما يصل بها إلى الخير ويدفع بها عن الشر .

فهذه الدرجة ليست درجة السلطان ولا درجة القهر ، وإنما هى درجة الرياسة داخل البيت الناشئة عن عقد الزواج وضرورة الاجتماع . ولاشك أن هذه الدرجة تزيد فى مسئوليته عن مسئوليتها [١] .

فيجب على الزوج أن يكسب للأسرة ويهيئ لها حاجاتها، ويدافع عن أفرادها ، وأنه من واجب المرأة أن تدبر شئو منزل بما يكسبه الزوج ، وتهيئ أكبر راحة ممكنة لزوجها وأولادها وتعنى بتربية الأولاد ، وأنه من واجب

---

(١) الإسلام عقيدة وشريعة ، للإمام الأكبر / محمود شلتوت ، الطبعة التاسعة ، دار الشروق ، ١٣٩٧ هـ ـ ١٩٧٧ م ، ص ١٤١ـ١٤٢.

الأولاد أن يطيعوا أبويهم، ويجلوهما، ويخدموهما ، إذا كبروا.

ثالثا : الأعمال التى تتفوق فيها المرأة على الرجل ترتبط بالإطار الأسرى ، وهو جانب من جانبى الأعمال المتاحة للرجل والمرأة .

فميدان العمل فى التشريع الإسلامى له مجالان : مجال داخلى يرتبط بإدارة شئون الأسرة وصناعة الأجيال على نحو سليم سوى ، ومجال خارجى يرتبط بالأعمال الخارجة عن نطاق الأسرة ويتعلق بالأعمال العامة التى يعود نفعها العام على الناس جميعا ونفعها الخاص على العامل من خلال ما يتقاضاه من أجر لقاء عمله أو وظيفته ، وكلا المجالين على درجة سواء من الأهمية والعناية والتنظيم فى التشريع الإسلامى.

ومن أجل أن يبقى نظام الأسرة سائرا على الخير والرشد والصلاح ، فقد اختار الإسلام تدبيرين :

أولهما : أن جعل الزوج والأب حاكما على الأسرة ، ناظرا لشئونها ، فإنه كما لا يمكن أن يصلح نظام بلد من البلدان ، ويسير أمرها بدون حاكم قائم على شئونها ، كذلك من المستحيل أن يصلح ويسير نظام الأسرة ، بدون من يكون حاكما عليها ناظرا لشئونها .

ثانيهما : أنه قد أمر المرأة ، بعد ما ألقى على كاهل الرجل تبعة ما فى خارج البيت ، من الشئون والمعاملات ، ألا

تخرج من المنزل بدون حاجة تعرض لها .

وقد أعفيت لأجل ذلك من المسئولية عما فى خارج المنزل من الشئون ، لتقوم بواجباتها فى داخل المنزل ، حق القيام بكل هدوء وطمأنينة [1] .

ومن ثم فالمرأة تعمل ـ وهى ليست شيئا مهملا معطلا فى المجتمع تعيش كلا على الرجل ... إلا أنها تعمل فى ميدانها الذى خلقت له ، بحيث لو تركت الميدان الذي خلقت له لتعمل فى ميدان لم تخلق له كانت مأساة حقيقية بالنسبة لها وبالنسبة للرجل وبالنسبة للمجتمع ، لأن كل ميسر لما خلق له.

فالمرأة لم تزود بالعطف والحنان والرفق بالطفولة ، والقدرة على فهمهما وإفهامهما ، والسهر على رعايتها فى أطوارها الأولى ، لتهجر البيت وتلقى بنفسها فى غمار الأسواق والدكاكين .

وسياسة الدولة كلها ليست بأعظم شأنا ، ولا بأخطر عاقبة ، من سياسة البيت ، لأنهما عالمان متقابلان : عالم العراك والجهاد ، يقابله عالم السكينة والاطمئنان ، وتدبير الجيل الحاضر يقابله تدبير الجيل المقبل .. وكلاهما فى اللزوم وجلالة الخطر سواء [2] . وإذا كان ميدان المرأة الحقيقى ،

---

(١) مبادئ الإسلام ، للأستاذ / أبو الأعلى المودودى ، طبعة دار الأنصار ، بالقاهرة ، ١٩٧٧ م ، ص ١٤٣ .

(٢) الفلسفة القرآنية ، للأستاذ / عباس محمود العقاد ، دار الإسلام ، --

ليس المجتمع ، وإنما هو البيت ، بمن فيه من زوج وأطفال ، فإن تركها هذا الميدان، تخريب للميدان الحقيقى الذى تركته للميدان الجديد، الذى لم تعد له بطبيعتها .

ولاشك أن ميدان عمل المرأة أفضل وأشرف من ميدان عمل الرجل ؛ وذلك لأن الرجل ــ بحكم تعامله فى خارج البيت ــ إنما يتعامل مع أشياء ، كل هذه الأشياء لخدمة الإنسان ، والإنسان أرفع هذه الأجناس كلها . أما مهمة المرأة، فهى التعامل مع ذلك الجنس الراقى ، وهو الإنسان ، تتعامل مع الإنسان كزوج ، فيسكن إليها وتريحه ، ثم تتعامل معه جنينا ، فيكون فى بطنها ، وبعد ذلك وليدا تحتضنه ، ووليدا ترضعه ، ووليدا تعطى له المثل [١] .

وليس معنى ذلك أن الإسلام يحرم عمل المرأة خارج المنزل، وإنما يحرم هذا العمل عندما لا تكون مضطرة إليه [٢]،

---

(١) القضاء والقدر ، معجزات الرسول ، إعجاز القرآن ، مكانة المرأة فى الإسلام ، لفضيلة الشيخ / محمد متولى الشعراوى ، إعداد وتقديم / أحمد فراج ، الطبعة الثانية ، دار الشروق ، سبتمبر ١٩٧٥ م ، ص ١٧٣ .

(٢) فلا يجوز للمرأة أن تخرج بغير إذن الزوج إلا بأسباب معدودة منها إذا كانت فى منزل يخاف السقوط عليها ، ومنها الخروج إلى مجلس العلم إذا ... لها نازلة ولم يكن الزوج فقيها ، ومنها الخروج إلى الحج الفرض إذا وجدت محرما ، ويجوز للزوج أن يأذن لها بالخروج ولا يصير ...صيا بالإذن ومنها الخروج إلى زيارة الوالدين وتعزيتهما وعيادتهما -

وعندما يشغلها عن شاغل المنزل ، وفى وسع المرأة المسلمة ، أن تزاول من العمل الشريف كل ما تزاوله المرأة فى أمم الحضارة ، فلها نصيبها مما اكتسبت ، ولها مثل الذى عليها بالمعروف ، وذلك حقها الذى تملكه ، كلما سيقت إليه ، أو كلما اختارته لمصلحتها ، وذلك حقها فى القرآن الكريم .

فالأصل فى العمل بالنسبة للمرأة هو الإباحة ، بمعنى أن حق العمل من الحقوق التى تتقرر للمرأة بناء على أصل الإباحة الشرعية ، وأنها فى هذا الأصل تتساوى مع الرجل ، حيث أمر الله المؤمنين جميعا بالسعى فى مناكب الأرض بالعمل المفيد والسعى على الرزق ، دون أن يخص بهذا الأمر جنسا دون آخر .

قال تعالى : " هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور "[(١)] .

ويشير القرآن الكريم إلى أن كل إنسان يستحق عائد عمله الصالح النافع له وللمجتمع يستوى أن يكون ذكرا أو

== ...ة المحارم .

...ساوى الخانية ، للعلامة قاضيخان محمود الأوزجندى ، على هامش الفتاوى الهندية ، الطبعة الثانية ، بالمطبعة الأميرية الكبرى ، بولاق مصر ، سنة ١٣١٠ هـ ، وحكم محكمة السيدة زينب الجزئية فى القضية رقم ١٣٧٥ هـ ـ ١٩٦٦ م .

(١) من سورة تبارك : الآية (١٥) .

أنثى.

قال تعالى : " من عمل صالحا من ذكرا أو أنثى وهو مؤمن فلنحيينه حياة طيبة ولنجزينهم أجرهم بأحسن ما كانوا يعملون " (١) .

فالآية الكريمة تقرر مبدأ استحقاق العامل لعائد عمله المفيد للناس فى الدنيا والآخرة .

وقد جاء تقرير هذا المبدأ بأسلوب العموم ليشمل كل من يقدم للناس عملا مشروعا يؤجر عليه ، سواء كان رجلا أم امرأة .

ويقول تعالى : " فاستجاب لهم ربهم أنى لا أضيع عمل عامل منكم من ذكر أو أنثى بعضكم من بعض " (٢) .

ففى هذه الآية دليل على أن عمل كل من الرجل والمرأة غير مضيع عند الله ، وأن عمل المرأة مأجور غير مأزور مثلها فى ذلك كمثل الرجل ، وفيه دلالة على أن الحق فى العمل المقرر بأصل الإباحة يتساوى فيه كل من الرجل والمرأة.

وحق العمل فى الإسلام مثله كمثل أى حق مقرر فى الشريعة والقانون يتقيد فى استعماله بالغايات المرجوة من

---

(١) من سورة النحل : الآية (٩٧) .

(٢) من سورة آل عمران : الآية (١٩٥) .

تقريره ، بحيث يؤدى هذا الحق ثمرته المرجوة وفقا لأولويات ترتيب المصالح فى المجتمع ، وبحيث لا يترتب على استعمال هذا الحق ضرر يفوق المصالح الناتجة عن استعماله ؛ لأن استعمال الحق إذا كان سيؤدى إلى ضرر أكبر من مصلحة الحق يكون عدم استعماله أولى ؛ لأن درأ المفاسد مقدم على جلب المصالح .

وبناء على ذلك فإن تقرير الحقوق لأصحابها يجب أن يلائم بين طبيعة الحق واستطاعة القيام به .

فإذا توافرت شروط القيام بعمل معين فى شخص يجب إسناده إليه ذكرا كان أو أنثى ، إذ الخطاب الشرعى الذى يطلب من المخاطبين به القيام بالأعمال المختلفة قد يؤدى إلى واجب عينى على المخاطب ، بحيث لا يسقط الواجب عنه إلا بأدائه شخصيا .

وقد يؤدى إلى واجب كفائى يلزم به أكفأ من يقدر على القيام به . والوظائف والأعمال المختلفة التى تتعلق بمصالح الأمة والمجتمع من هذا القبيل .

ولذلك توجب الأحكام الشرعية أن يسند العمل لأولى الناس به وأقدرهم على القيام بشئونه ومسئولياته .

وهذا ما يدل عليه قول الله تعالى : " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا

بالعدل إن الله نعما يعظكم به إن الله كان سميعا بصيرا " [١] .

حيث تدل الآية على وجوب إسناد الأمر فى العمل إلى أهله ؛ لأن الوظائف العامة أمانات واجبة الأداء بالإسناد لأهلها.

وبالنظر فى أقوال الفقهاء ونصوص القانون لبيان حكم اشتراط المرأة على من يريد الزواج بها أن تعمل فى وظيفة معينة بعد الزواج ، أو أن تستمر فى وظيفتها التى كانت تعمل بها قبل الزواج وكان قد وافق على هذا الشرط ، أجد أن جمهور الفقهاء يرى أن من حق الزوج الرجوع عن الموافقة السابقة على احتراف زوجته ، ويكون الاشتراط السابق غير صحيح ، على أساس أن الزوجة التى تمتنع عن طاعة زوجها فى ترك العمل بالوظيفة إن كانت محترفة يسقط استحقاقها فى النفقة عليه لفوات الاحتباس الكامل[٢] ، الذى هو أول واجبات

---

(١) من سورة النساء : الآية (٥٨) .

(٢) **عند الأحناف** : (المرأة محبوسة بحبس النكاح ، حقا للزوج ، ممنوعة عن الاكتساب بحقه ، فكان نفع حبسها عائدا إليه ، وكانت كفايتها عليه ، كقوله صلى الله عليه وسلم : " الخراج بالضمان " ، ولأنها إذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب بحقه ، فلو لم تكن كفايتها عليه لهلكت) .

بدائع الصنائع ، الطبعة الأولى ، ١٣٢٨ هـ ــ ١٩١٠ م ، بمطبعة الجمالية ، مصر ، جـ ٤ ، ص ١٦ .

وعندهم أيضا: (ولو سلمت نفسها بالليل دون النهار أو عكسه ، فلا =

الزوجة وأهم حقوق الزوج لإسعاد حياته البشرية . ولا يحق لها أن تطالبه بشئ من الإنفاق ، فوق ما تحمله من إثم مخالفة من أوجبت عليها الشرائع السماوية مجتمعة طاعته [1] ، والإذعان لأمره حتى تستقيم الحياة العائلية على الوجه

-- نفقة لها لنقص التسليم) .

رد المحتار على الدر المختار ، جـ ٢ ، ص ٨٩١ .

ويقول فضيلة الشيخ / أحمد إبراهيم : (وكذا إذا كانت محترفة بعمل تعمله خارج المنزل ، فإذا منعها الزوج من الخروج وعصته فخرجت ، فلا نفقة لها مادامت خارجة) .

نظام النفقات فى الشريعة الإسلامية ، طبعة ١٣٤٩ هـ ، ص ١١ .

وقال صاحب الدر : (لا نفقة لخارجة من بيته بغير حق وهى الناشزة حتى تعود ولو بعد سفره) .

رد المحتار على الدر المختار ، طبعة المطبعة الأميرية ببولاق ، جـ ٢، ص ٨٩٠ .

ويراجع فى هذا الموضوع : أحكام الزواج فى الشريعة الإسلامية ، للإمام/ أبو زهرة ، هامش ص ٢٣٢، وأحكام الأسرة فى الإسلام، أ . د./ محمد سلام مدكور، طبعة سنة ١٣٨٧هـ ـ ١٩٦٧م، جـ ١، ص٢٧٧.

(١) الاحتباس الموجب للنفقة هو الاحتباس الكامل ، المانع لها من كسب المال بنفسها .

فسبب النفقة ليس مجرد عقد الزواج ، بل احتباسها بمقتضى هذا العقد لحق الزوج ، وتفرغها لخدمته والقرار فى منزله ، وعدم الخروج منه بدون إذنه وقصيرها نفسها للقيام بمصالحه وواجباته .

المبسوط ، جـ ٥ ، ص ١٨١ .

المطلوب للحياة الإنسانية التى عنيت كافة الشرائع [١] بوجوب الحرص عليها ليكمل نظام الأسرة كما يوجبه المجتمع الذى يعلو بأفراده إلى مستوى الرقى البشرى .

ولما كان نشوز الزوجة ليس بالأمر الهين ؛ لأنه يؤدى إلى تقويض دعائم الأسرة وانحلال رباطها المقدس الذى أحاطه التشريع بالتكريم والإجلال .

ولم يكتف الشارع فى حالة نشوز الزوجة بإسقاط النفقة المستقبلة ، بل تجاوز ذلك بأن أسقط النفقة المتجمدة ، ولو كانت بعد فرض القاضى أو رضا الزوج بها ، إلا إذا كان هناك أمر خاص باستدانتها على الزوج .

فالتزام أحد الطرفين ، يقابله التزام الطرف الآخر ، وإخلال أحد الطرفين بالتزامه ، يترتب عليه سقوط التزام الطرف الآخر على وجه القصاص [٢] .

---

(١) فى المسيحية : يقول بولس الرسول : (أيها النساء اخضعن لرجالكن كما للرب ، لأن الرجل هو رأس المرأة ، كما أن المسيح أيضا هو رأس الكنيسة) . فلا يجوز عندهم أن تتخذ المرأة المتزوجة حرفة تخرج لها من المنزل أو تشغلها عن شئون منزلها .

وعند اليهودية : للرجل أن يمنع امرأته من العمل خارج المنزل إذا تعارض مع أداء واجبها فى خدمة المنزل .

الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية من المصريين ، أ . د . / جميل الشرقاوى ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٧ ، ص ٢٥٤ ، ٣١٧ .

(٢) نظام النفقات فى الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق .

وبناء على ما مضى : إذا رضى الـــزوج بتنفيـذ مــا اشترط عليه ورضى بالاحتباس الناقص نتيجة لعمل زوجتـــه ، فيعمل هنا برضاه فى مدة الرضا .

فإن أحس الزوج أن عمل زوجته يضر به أو بـــأولاده ، فله أن يطلب منها ترك العمل رغم موافقته أثناء العقــد علــى خروجها للعمل ، فإن نهاها فلم تنته ، فليس لها النفقة [(١)] . فـإذا

---

(١) ذكر فضيلة الشيخ / محمد أبو زهــرة أنــه : (إذا كــانت المــرأة مــن المحترفات اللائى لا يقررن فى البيت ، فلا نفقة لها إذا طلب منها القــرار فلم تجب طلبه ؛ وذلك لأن الاحتباس فى هذه الحالة نــاقص ، فلــه طلبــه كاملا ، فإن امتنعت فهى ناشزة ، أما إذا رضى بالاحتباس الناقص فتجــب النفقة) .

أحكام الزواج فى الشريعة الإسلامية ، طبعة ١٩٤٨ م ، ص ٢٣٢ .

وجاء فى حكم لمحكمة القاهرة الابتدائيــة رقــم ١٥٧ لســنة ١٩٥٦ : (وإن رضى باشتغالها خارج المنزل أول الأمر ، ثم منعها من الاســتمرار فيه فلا نفقة لها مادامت لم تمتثل له فى المنع).

وفى حكم لمحكمة مغاغة الشرعية فى القضية رقم ٧٥٣ لسـنة ١٩٥٣: (من المقرر شرعا أن لكل من الزوجين حقوقا علــى صاحبــه ، كمــا أن عليه واجبات له ، ومن ضمن حقوق الزوجة على زوجها وجوب نفقتـــها عليه مقابل حقه عليها فى أن تلتزم بيته وتتفرغ لشئونه التى شرع الــزواج من أجلها ، وكان له من أجل ذلك أن يمنعها من كافة الأعمال المقتضيـــة للكسب لاستغنائها عن التكسب بوجوب كفايتها عليه شرعا) .

ويرى بعض الفقهاء أن الزوجة المحترفة تجب لها النفقة على خــلاف الاتجاه الفقهى السليم الذى يحفظ للزوج حقه وللأسرة كيانها المبنى --

رضى الزوج باحتراف زوجته عند إبرام عقد الزواج ، فإن هذا الرضى لا يسقط حقه فى منعها من العمل بعد ذلك إذا أراد، فرضاه باحترافها فى وقت ما لا يمنع عدم رضاه فى غيره ، وخاصة إذا تغيرت الأحوال وقت رفضه احترافها عن وقت اشتراطها عليه أن تعمل أو أن تظل فى العمل .

وقد أيدت بعض المحاكم هذا الاتجاه الفقهى [1] ، على

-- على قوامة الزوج .

أحكام الأسرة فى الإسلام ، أ . د ./ محمد سلام مدكور ، ص ٢٧٧ .

(١) جاء فى حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية فى القضية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٥٦ : (يبيح الإسلام للمرأة أن تعمل فى حدود مراعاة آدابه وتعاليمه ، ولكن هذا الحق يرد عليه قيد إذا تزوجت المرأة ، وهو حق الزوج فى إمساك زوجته ، فإن رخص الزوج لزوجته فى العمل واستمر على هذه الرخصة كان بها ، أما إذا استمسك بحقه فى القرار فى بيته ، فله ذلك ، وليس للزوجة أن تعصيه وإلا كانت ناشزا ، ولا يحق للمرأة أن تحتج عليه بأنه سبق أن رضى أن تعمل ، فحقه هذا فرع من حقه أن تطيعه ، وحقه فى الطاعة لا يقبل إسقاطا ، فرضاه أن تعمل لا ينتقص من حقه ، وفى ذلك إقامة للأسرة حسب سنن الإسلام وتعاليمه . فالإسلام قد سوى بين الرجل وزوجته فى الحقوق والواجبات ، إلا أنه جعل للزوجة على الزوجة درجة ، فجعل زمام الأسرة فى يد الرجل ، فهو الذى يرعى مصالحها ويتحمل مسئوليتها ، والرجل يسير بالأسرة حسبما يراه من مصلحتها ، والمصلحة تتغير من ظرف إلى ظرف ومن وقت إلى وقت ، ومن مكان إلى مكان ، فإذا سمح الزوج لزوجته بالعمل وقتا ثم رأى أن المصلحة فى غير ذلك لظرف طرأ ولو كان هذا الظرف نفسيا ، فإن له =

أساس :

- أن حق الزوج فى منع زوجته من العمل خارج البيت فــرع من حقه فى الطاعة ، وحقه فى الطاعة لا يقبل إسقاطا .
- كما أن حق الزوج على زوجته مقدم على اشتغالها بفــرض الكفاية .
- أن زمام الأسرة فى يد الرجل ، فهو الذى يرعى مصالحــها ويتحمل مسئوليتها ، والرجل يسير بالأسرة حسبما يراه مـــن مصلحة ، والمصلحة تتغير من ظرف إلى ظـــرف ، ومـــن وقت إلى وقت ، ومن مكان إلى مكان [١] .

وهناك أحكام دلت علـــى أن رضـــاء الــزوج بخـــروج زوجته للعمل وخاصة فى حالة اشتراطها عليــــه فـــى وثيقـــة الزواج على استمرارها فى عملها ونص علـــى وظيفتــها فـــى الوثيقة لا يعطيه الحق فى منعها من الخروج للعمل بعــد ذلــك ولا تسقط نفقتها[٢] على أساس :

= أن يمنعها من الاحتراف ، ويلزمها القرار فى بيته.

وكذلك جاء فى حكم لمحكمة مغاغة الشرعية فى القضيــة رقــم ٨٥٣ لسنة ١٩٥٣ ، الذى قرر أن سبق رضا الـــزوج بـــاحتراف زوجتـــه ، لا يسقط حقه فى منعها بعد ذلك من الاستمرار فى العمل .

(١) فقد تجد أمور لم تكن موجودة عند الاشتراط فى وثيقة الزواج ، أو يتغـير الحال بحيث يكون خروج الزوجة للعمل لا يتفق ومصلحة الأسرة .

(٢) حكم محكمة مغاغة الشرعية رقم ٨٥٣ لسنة ١٩٥٣ ، وحكم محكمة =

- لأنه يعد تحلل مما التزم به ونقض لما تم من جهته .
- النص على وظيفتها فى العقد ، ينهض قرينة كافية على رضائه بأن تخرج للعمل ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.
- تستحق الزوجة المحترفة النفقة سواء رضى الزوج

-- مصر الابتدائية الشرعية فى القضية رقم ١٦٩٧ لسنة ٣٦ ، ١٩٣٧ م .

وجاء فى حكم لمحكمة أسيوط الجزئية الشرعية فى القضية رقم ١٨٤ لسنة ١٩٤٧/٤٦ بجلسة ١٩٤٧/١/١٨ م والمنشور بمجلة المحاماة، س ٢١ ، ص ٣٩٧ .

(إن المدعى عليه لم يمنع المدعية من الاشتغال بمهنة التدريس ، حتى يكون اشتغالها به والحال ما ذكر موجبا لسقوط نفقتها ، بل لقد رضى المدعى عليه بذلك ، وتزوج المدعية على هذا الشرط ، بل لقد التزم بأنه لا حق له فى مطالبتها فى أى وقت بالخروج من وظيفتها ، كما يدل على ذلك الإقرار المقدم من المدعية وبذا لا يكون للمدعى عليه وجه فى دفعه. وأما عن إنذاره لها بالامتناع عن التدريس ، فإنه لا عبرة به ولا يعول عليه لأنه تحلل مما التزم به ونقض لما تم من جهته) .

وجاء فى حكم لمحكمة شبرا الجزئية الشرعية : (أنه لما كانت المدعية تزاول مهنة التدريس من مدة طويلة قبل أن يتزوج بها المدعى عليه، وهو أيضا مدرس فى المدارس الثانوية ، وقد تزوجها فى ١٩٤٩/٢/١٧ ويعلم أنها مدرسة ، وذكر بوثيقة الزواج أنها مدرسة بمدرسة شبرا الابتدائية للبنات ، وبقيت باعترافه تزاول هذه المهنة إلى الآن ، والقرائن تدل على أنه راض بهذا العمل .. فهو إذن راض عن هذا الوضع ومطمئن إليه ، فلا تعتبر إلى الآن خارجة عن إرادته باشتغالها بالتدريس ولا يسقط حقها بالنفقة .

بالاحتراف أم أبى ، وذلك استنادا إلى أن إقدام الزوج على الزواج بها وهو يعلم أن لها عملا يقتضيها تـرك المنزل نهارا أو ليلا يعتبر رضاء منه يسقط حقه فـي الاحتباس الكامل (١) .

◆ القول بأن الزوجـة معـذورة فـي احترافـها لاشـتغالها بمصالحها ، فلا تسقط بذلك نفقتها ، قول يتفـق وتطـورات الزمن وطبيعة هذا العصر الذى نعيـش فيـه ، لأن السـير على الرأى العكسي يجعل الزوجة بين أمرين : فهى إمـا أن تدع وظيفتها ، وفى ذلك ما فيه من نقص للأيدى العاملـة ، بل ربما كان ذلك ضرر على الزوج نفسه بما عساه يقطـع

---

(١) حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية فى القضية رقم ٨١ لسـنة ١٩٦٣ ، س، بجلسة ١٩٦٤/٤/٩ م .

فبعض أحكام القضاء اعتبرت أن : الزواج بالموظفة بعلم الـزوج أو التى تتوظف بعلمه ، كالأمر المشروط في عقد الزواج .

كما أن الزوجة معذورة في احترافها لاشتغالها بمصالحها ، فلا تسـقط بذلك نفقتها .

وجاء فى حكم لمحكمة شبرا الجزئية الشرعية فى حكمها الصادر فـى القضية رقم ١٠٢٠ لسنة ١٩٥٠ بجلسة ١٩٥٠/١٠/٥ م :

(... لوحظ تطور الحالة الاجتماعية وما تساهم به المرأة الآن فـى ميـدان الحياة العامة من نشاط كبير وما تقوم به من خدمات ضرورية فى نـواح كثيرة ، أمكن أن نجد أمثلة كثيرة يعتبر الخروج فيها من الضرورات التـى تعتبر فيها خارجة بغير حق ولا يسقط حقها فى النفقة) .

عنه موردا يرفه عنه وينفس من بعض ضيقه وكربته وخصوصا فى هذه الآونة التى استحكمت فيها حلقات الضيق الاقتصادى ، وإما أن تستبقى وظيفتها وتعمل بطبيعة الحال فى الوقت نفسه على قطع صلة الزوجية بينها وبين زوجها ، وفى ذلك ما فيه من كوارث هائلة تعيب الأسرة فى صميمها [١] .

وأرى أن للزوج كامل الحق فى أن يمنع زوجته من العمل مهما كان هذا العمل ، مادام يؤدى إلى إحدى ثلاث :

أ ـ تنقيص حقه .

ب ـ الإضرار به .

جـ ـ خروجها من بيته ، ومن ثم فإن للزوج الحق الكامل فى منعها من العمل الذى يؤدى إلى خروجها من المنزل [٢] .

---

(١) حكم محكمة أسيوط الجزئية الشرعية رقم ١٨٤ لسنة ١٩٤٧/٤٦ ، بجلسة ١٩٤٧/١/١٨ م ، مجلة المحاماة الشرعية س ٢١ ص ٣٩٧ .

(٢) فليس للزوجة طبقا لأحكام الفقه الإسلامى أن تحترف بدون إذن زوجها وإلا سقط التزامه بنفقتها .

ومن حق الزوج أن يشترط على زوجته ، وقت عقد الزواج أن تترك الوظيفة وتتفرغ لأمور الزوجية ورضاها بذلك هو من مقتضيات عقد الزواج ، فهو شرط لازم تتحمل الزوجة آثار الإخلال به .

ومن هذه الآثار ، حرمانها من النفقة ، سواء كانت نفقة زوجية أو نفقة عدة ؛ لأن المعتدة كالزوجة من حيث استحقاقها للنفقة أو عدمه.

ولا يسوغ التحدى بأن خروج الزوجة للعمل إنما هو بقصد معاونة الزوج فى أعباء المعيشة ، وذلك لأن الزوجة غير ملزمة شرعا وقانونا بهذه المعاونة .

فضلا عن أن التعاون لا يتم بغير التراضى عليه ، والفرض هنا أن الزوج غير راض ، وبالإضافة إلى ذلك فإنه ليس للزوج حق فى مال زوجته شرعا وقانونا .

وفضلا عن ذلك ، فإن الضرورة قد تقضى باغتراب الرجل عن وطنه تحصيلا للرزق ، وقد يستلزم ذلك مصاحبة زوجته له ، وهو حق شرعى له ، إلا أن الوفاء به قد يصطدم مع الطموح العلمى أو العملى للزوجة الذى يتطلب عدم سفرها معه ، مما قد يفتح الباب إلى اعتبارها ناشزا فى نظر الشارع الإسلامى .

والفقهاء لم يفرقوا بين حرفة وأخرى ، وإنما جاء حكمهم عاما شاملا لكل عمل تخرج له المرأة من بيتها [1] ،

---

(١) جاء فى البحر الرائق : (وله أن يمنع امرأته من الغزل ولا تتطوع للصلاة والصوم بغير إذن الزوج ، فله أن يمنعها من الأعمال كلها المقتضية للكسب ؛ لأنها مستغنية عنه لوجوب كفايتها عليه ، وله أن يمنعها من العمل تبرعا لأجنبى بالأولى) .

البحر الرائق ، جـ ٤ ، ص ١٩٤ .

(وقولهم له منعها من الغزل يشمل غزلها لنفسها ، فإن كانت العلة فيه السهر والتعب المنقص لجمالها ، فله منعها عما يؤدى إلى ذلك لا ما =

حتى ولو كان ذلك من الأعمال الضرورية للمجتمع كعمل القابلة والطبيبة [1] ، فللزوج الحق المطلق فى منع زوجته من مزاولة أى عمل يترتب عليه نقص احتباسها أو تفويته أى حق من حقوقه ، حتى ولو كان هذا العمل من الأعمال المشروعة ؛ لأن المشروعية لا تنافى المنع . فنفقة الزوجة هى جزاء احتباسها وتفرغها لخدمة الزوج وقضاء مصالحه والقرار فى منزله وعدم الخروج منه بدون إذنه . وللزوج أن يمنع زوجته عن كل عمل ولو كان تبرعا .

وأرى أنه إذا أصرت الزوجة على الاشتراط فى وثيقة

== دونه، وإن كانت العلة استغناءها عن الكسب ففيه أنها تحتاج إلى ما لا يلزم الزوج شراؤه لها) .

(والذى ينبغى تحريره ، أن يكون له منعها عن كل عمل يؤدى إلى تنقيص حقه أو ضرره أو إلى خروجها من بيته ، أما العمل الذى لا ضرر فيه فلا وجه لمنعها عنه خصوصا فى حال غيبته من بيته) .

رد المحتار على الدر المختار ، جـ ٢ ، ص ٩١٥ .

والمراد من العمل الذى لا ضرر فيه هنا ما كان فى المنزل .

(١) حكم محكمة القاهرة الابتدائية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٥٦ س .

فلم يفرق الفقهاء بين حرفة وأخرى ، بل ربط الأمر برضى الزوج وعدمه ، فإن كان الزوج لا يرضى لها بالعمل خارج البيت لا تستحق عليه نفقة إذا خالفته ، حتى وإن كان هذا العمل من الأعمال الضرورية للمجتمع كالطبيبة والقابلة .

أحكام الزواج والطلاق فى الإسلام ، للأستاذ / بدران أبو العينين بدران، طبعة ١٩٦١ م ، ص ١٨٣ .

الزواج أن تعمل أو تظل فى عملها بعد الزواج ، أن يقرن بالشرط عبارة (ما لم يطرأ ما يجعل تنفيذ الشرط منافيا لمصلحة الأسرة) ، بحيث إذا استجدت أمور جعلت تنفيذه يتعارض مع مصلحة الأسرة بصفة عامة يعتبر كأن لم يكن ؛ لأن المصلحة العامة للأسرة مقدمة ومفضلة على المصلحة الخاصة للزوجة . وفى هذه الحال يحق للزوج أن يمنعها من الخروج للعمل ، فإن لم تمتثل صارت ناشزا .

ومن المعلوم أن المادة الثانية من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م قد نصت على أنه :

" لا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة .. خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق أو مناف لمصلحة وطلب الزوج الامتناع عنه " .

ومفاد هذا النص أن القانون قد أعطى الزوجة الحق فى أن تعمل خارج بيتها عملا مشروعا ، ومادام ذلك كذلك فما هى فائدة النص على ذلك فى وثيقة عقد الزواج .

ومع أن هذا النص القانونى السالف ذكره لم يجعل العمل المشروع خارج البيت سببا لسقوط نفقة الزوجة ، إلا أننا نرى أن هذا النص يتعارض مع النظام العام لعقد الزواج فى التشريع الإسلامى .

آية ذلك أن الشريعة الإسلامية قد أوجبت النفقة للزوجة

مقابل تفرغها تفرغا كاملا لرعاية زوجها وأولاده منها ، شأنها في ذلك شأن الموظف الذى يوجب عليه القانون التفرغ الكامل لعمله مع تحريم عمل الموظف عند الغير إلا بمقتضى إذن من رئاسته فى العمل ، بحسب أن من شأن عمل الموظف عند آخر أن يؤثر غالبا على قدرته على أداء عمله الأصلى .

ولاشك أن ما جرى عليه النص القانونى السالف ذكره يصطدم مع ما يقضى به الفقه الإسلامى من ضرورة إذن الزوج للزوجة فى العمل خارج البيت ، فضلا عن جواز عدوله عن ذلك الإذن فيما بعد ، وذلك بحسب أن الإذن فى العمل يستتبع تفرغا ناقصا ، فهو من ثم يعتبر استثناء من الأصل العام الذى يقضى بضرورة تفرغ الزوجة تفرغا كاملا لشئون الأسرة .

ولاشك أن الاستثناء لا يلغى القاعدة ، وذلك فضلا عن أن حق الزوج فى التفرغ الكامل من زوجته لا يجوز الإجبار على التخلى عنه بمقتضى نصوص قانونية لتعلق هذا الحق بالنظام العام لعقد الزواج فى التشريع الإسلامى .

جـ ـ اشتراط الزوجة على زوجها أن تسافر إلى خارج بلدها بمبرر شرعى :

من المسلم به أن كل شرط يحل حراما أو ينافى مقتضى عقد الزواج أو حكما من أحكامه إنما هو شرط باطل شرعا ، فضلا عن أنه لا يجوز الاتفاق عليه ابتداء لمخالفته للنظام العام

لعقد الزواج في الشريعة الإسلامية .

ولما كان إجماع الفقه الإسلامي يرى عدم جواز سفر المرأة دون محرم معها حماية لها وصونا لكرامتها ، فكيف يتسنى جواز الاتفاق ابتداء على حق الزوجة في السفر بمفردها.

ولئن كان الواقع ينبئ بما آلت إليه حال الأسرة من جراء سفر الزوج طلبا للرزق ، فكيف يكون حال الأسرة مع سفر الزوجة دون مرافقة زوجها لها .

إن سفر المرأة وحدها يحتاج إلي التروى ، ودراسة الرحلة كلها من الذهاب إلى الاستقرار ، وليس ذلك من قبيل التطير والتهمة واتباع الظنون ، ولكنه من قبيل الحيطة والصون والاطمئنان .

(وقد روى الشيخان أن رجلا قال : يا رسول الله إن امرأتي خرجت حاجة وإني اكتتب في غزوة كذا وكذا ؟ قال : انطلق فحج مع امرأتك) [1] . فتعطيل رجل عن الجهاد ليصحب امرأته في حجها أمر له دلالته ! في ضوء القاعدة الشرعية (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح) .

فكيف نوافق على انطلاق امرأة على ناقتها تطوى الطريق بالليل والنهار وحدها مظنة تهجم السفلة وقطاع الطريق عليها ، ولم تخل الدنيا قديما ولا حديثا من أولئك الأوباش الذين يستضعفون النساء وينتهزون فرصة

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ـ كتاب الحج باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره، جـ ٢، ص ٩٧٨ ح ١٣٤١ عن ابن عباس ـ رضى الله عنهما .

لاغتصابهن.

ولكن هل يتغير هذا الحكم إذا ساد الأمان ؟

ذهب بعض الأئمة إلى جواز سفر الحاجة في رفقة مأمون ، فإن القافلة المأمونة تنفى القلق والوساوس ، ولعله يشهد لهذا ما صح عن عدى بن حاتم ، قال : بينما أنا عند رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ إذا أتاه رجل فشكا إليه الفاقة ، ثم آتاه آخر فشكا إليه قطع السبيل ـ وكان ذلك قبل أن تستقر دولة الإسلام وتبسط الأمن فى أرجاء الجزيرة كلها ـ فقال الرسول يا عدى ، هل رأيت الحيرة ؟ قلت لم أرها وقد أنبئت عنها ؟ قال : فإن طالت بك حياة لترين الظعينة ترتحل من الحيرة حتى تطوف الكعبة لا تخاف أحد إلا الله ؟ قلت فيما بين وبين نفسى : فأين دعار طيبى الذين سعروا البلاد ؟

كأنه يستبعد انقطاع دابر المفسدين ـ ثم قال الرسول لعدى : ولئن طالت بك حياة لتفتحن كنوز كسرى ؟ قلت: كسرى بن هرمز ؟ استعظاما للخبر ـ قال : كسرى بن هرمز؟ قال عدى : فرأيت الظعينة ترتحل من الحيرة ـ على شاطئ الخليج ـ حتى تطوف بالبيت لا تخاف إلا الله وكنت فيما افتتح كنوز كسرى بن هرمز [1] .

---

(١) قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة ، للشيخ / محمد الغزالى ، طبعة دار الشروق ، ص ١٦٠ ، ١٦١ . وهذا الحديث أخرجه البخارى فى صحيحه ـ كتاب المناقب باب علامات النبوة فى الإسلام ، جـ ٢ ، ص ٤١٣ ح رقم ٣٥٩٥، طبعة مكتبة الإيمان ـ المنصورة .

ولئن كانت آلام الغربة تحز بسيفها فى الكيــان الأدبــى للرجل مع ما فطر عليه من قدرة وتحمل ، فكيف يتسنى للمــرأة بمفردها مواجهة مشاق الغربة وآلامها .

ولا يجوز أن ننسى ما يلحق الــزوج مــن غــيره قــد تعصف بكيان الأسرة من جرّاء تغرب الزوجة وبعدها عنه .

موقف القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ من سفر الزوجة :

ولقد رأى أولى الأمر أن مصر أصبحت فى حاجة إلــى جمع القواعد التى تنظم أوضاع وإجــراءات التقــاضى فــى مسائل الأحوال الشخصية فى قانون واحد يساعد على تحقيــق العدالة الناجزة ويجنــب المتقــاضين التوتــر والاضطرابــات والضياع ويواكب العصر الذى نعيشه .

فالتغيرات الاجتماعية والاقتصادية التــى حدثــت فــى المجتمع لا تواكبها ولا تلبى احتياجاتها تلك القواعد الإجرائيــة المطبقة حالياً فى مسائل الأحوال الشــخصية وأصبحــت فــى حاجة إلى تشريع جديد ينظم الإجراءات وأوضاع التقاضى فــى مسائل الأحوال الشخصية ويحقق متطلبات العصر الذى تعيشــه مصر الآن ويجمع شتاتها فى تقنين واحد .

لهذا فقد تقدمت الحكومة بمشروع قانون لتنظيم بعــض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

وقد جاء بهذا القانون مــادة مســتحدثة خاصــة بســفر الزوجة وأولادها القصر إلى خارج البلاد .

فجاء نص المادة (٢٦) من مشروع القانون كما ورد من الحكومة : (يختص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره بإصدار أمر على عريضة بمنع الزوجة أو الأولاد القصر من السفر أو من استخراج جواز سفر ـ بحسب الأحوال ـ إذا ما ثار نزاع فى هذا الشأن ويختص كذلك بإصدار أمر على عريضة بمنع الزوج من السفر إذا امتنع عن سداد النفقة المحكوم بها عليه أو تبين أن سفره من شأنه أن يؤدى إلى إخلاله بالتزاماته نحو رعاية أسرته .

ويصدر القاضى أمر بالمنع من السفر لمدة محددة قابلة للتجديد ، وذلك بعد سماع أقوال ذوى الشأن وله فى جميع الأحوال أن يرفض الطلب إذا كان مقدمه قد أساء استعمال حقه فى طلب منع السفر وينتهى مفعول الأمر تلقائياً بالتنازل عنه فى أى وقت .

ويجوز للقاضى أن يأذن بالسفر قبل انتهاء مدة المنع إذا زالت الأسباب التى بنى عليها الأمر بالمنع .

ويجب أن يكون الأمر مسبباً وتقتصر حجته على الأسباب التى بنى عليها) .

وقد قيل فى تبرير استحداث هذا النص كما جاء فى المذكرة الإيضاحية :

أنه جاء استصحاباً للأصل العام المقرر فى المادة (٤١) من الدستور ، وإعمالاً لمبادئ الشريعة الإسلامية الغراء

باعتبارها المصدر الرئيسى للتشريع ، وللقواعد المنصوص عليها فى المادة الخامسة من القانون المدنى التى تقنن نظرية إساءة استعمال الحق من مصدرها الأصلى فى فقه الشريعة الإسلامية ، وفى نفس الوقت التزام النص بأحد المبادئ الأساسية لضمانات التقاضى وهو مبدأ المواجهة ، فأوجب على القاضى ألا يصدر أمره إلا بعد سماع أقوال ذوى الشأن ، تمكيناً لأطراف المنازعة من إبداء وجهات نظرهم حتى يقف القاضى عليها ويصدر أمره عن بصر وبصيرة .

وبالنظر فى نص هذه المادة المستحدثة : نجد أن واضع هذا النص (المادة ٢٦) من المشروع ينطبق عليه القول المأثور: (أنه أعطى من لا يملك لمن لا يستحق) .

فواضع النص هو مجرد مقترح له ، أما صاحب القرار فى ذلك فهو مجلس الشعب (السلطة التشريعية) ، وأما من لا يستحق فهى الزوجة .

لأن واضع هذا النص المعيب يريد إعطاء الزوجة الحق فى السفر فى أى وقت تشاء مع أولادها القصر بدون موافقة الز..و وحتى مجرد الحصول على أذن منه أو إعلامه .

وإذا رغب الزوج فى الاعتراض على سفر زوجته فعليه التقدم بتظلمه إلى قاض الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره لكى يطلب منه منع زوجته ، التى سافرت بالفعل ، من السفر .

وبتاريخ ١٩٩٩/١٢/١٤ م أرسل السيد الأستاذ رئيس مجلس الوزراء إلى السيد الأستاذ الدكتور رئيس مجلس الشورى قرار رئيس جمهورية مصر العربية بمشروع قانون بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية راجياً التفضل بالعرض على مجلس الشورى .

وقد أحال السيد الأستاذ الدكتور رئيس مجلس الشورى المشروع ومذكرته الإيضاحية في ذات تاريخ وروده إلى سيادته إلى لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ، والتي نظرت في هذا المشروع .

وبخصوص المادة ٢٦ رأت اللجنة تحقيقاً لقصد المشوع أن يكون نصها على الوجه الآتي :

(إذا قام الزوج بمنع زوجته أو أولاده القصر من استخراج جواز سفر أو السفر إلى الخارج وتضررت هي من هذا المنع ، فلها أن تلجأ إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره لإصدار أمر على عريضة في هذا الشأن.

كما يختص أيضاً بإصدار أمر على عريضة بمنع الزوج أو المطلق من السفر في حالة امتناعه عن سداد النفقة المحكوم بها عليه لمدة محددة قابلة للتجديد بأمر منه بعد سماع أقوال ذوي الشأن ، وعلى أن يكون الأمر في جميع الأحوال مسبباً .

ويجوز للصادر لصالحه الأمر أن يتنازل عنه بعريضة لذات القاضى الآمر فيصدر أمراً بإلغاء المنع .

ويجوز للقاضى الآمر عند التظلم أن يلغى أمره فى أى وقت ولو كان قبل انتهاء مدة المنع) [1] .

ثم أحال الأستاذ الدكتور رئيس مجلس الشعب فى ١٤ من ديسمبر سنة ١٩٩٩ م مشروع القانون إلى اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الدينية والاجتماعية والأوقاف لدراسته وإعداد تقرير لعرضه على أعضاء المجلس .

وكنا نتوقع أن يقوم أعضاء اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الدينية بمجلس الشعب عند مناقشاتهم لمشروع القانون بإعادة الأمور إلى نصابها وتعديل النص الوارد من الحكومة ، أو حتى على أسوأ الفروض تأييد التعديل الذى أدخله مجلس الشورى على نص هذه المادة .

لكن للأسف الشديد اتخذ أعضاء اللجنة ما يلى :

أولاً : عدم الأخذ بالتعديل الذى أجراه مجلس الشورى على نص المادة (٢٦) من مشروع القانون . بحجة أنه لا

---

(١) وقد وافق مجلس الشورى فى جلسته المنعقدة مساء الأحد ٢٦ من ديسمبر سنة ٢٠٠٠ على مشروع القانون ، وتم إرساله إلى رئيس مجلس الشعب .

يؤدى إلى تنظيم حق الزوجة والأولاد القصر فى السفر للخارج مع إبراز حق الزوج فى طاعة زوجته له وفقا لأحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية .

ثانيا : أدخل أعضاء اللجنة بعض التعديلات البسيطة على نص هذه المادة مع عدم التعديل فى مضمون المادة والغرض منها ، فجاء نص المادة بعد التعديل :

(مع مراعاة أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية وتعديلاته المختلفة ، يختص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره بإصدار أمر على عريضة بمنع الزوجة أو الأولاد القصر من السفر أو من استخراج جواز سفر بحسب الأحوال ـ إذا ثار نزاع فى هذا الشأن ، ويختص كذلك بإصدار أمر على عريضة بمنع الزوج من السفر إذا صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ لمدة ثلاثة شهور بدفع النفقة مع قدرته بعد التنبيه عليه بالدفع .

ويصدر القاضى أمره بالمنع من السفر لمدة محدودة قابلة للتجديد ، وذلك وفقا للقواعد والإجراءات الخاصة بالأوامر على عرائض المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية بعد سماع أقوال ذوى الشأن . وله فى جميع الأحوال أن يرفض الطلب إذا كان مقدمه قد أساء استعمال حقه

فى طلب المنع من السفر ، وينتـــهى مفعـول الأمـر تلقائيـاً بالتنازل عنه فى أى وقت) .

فكما نرى لم تدخل اللجنة أى تعديـل علـى مضمـون المادة أو الغرض منها وهو منح الزوجة الحق فى السـفر فـى أى وقت وإذا رفض الزوج فعليه الاعـتراض لـدى قـاضى الأمور الوقتية . وإنما أدخلت تعديلات بسيطة هى :

١ــ الإشارة إلى أحكام القانون رقم ٢٥ لسـنة ١٩٢٠ بشـأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشـخصية وتعديلاتـه المختلفة .

٢ــ جعل منع قاضى الأمور الوقتية للزوج من السـفر يكـون بناء على صدور حكم قضائى عليه واجب النفاذ لمدة ثلاثـة شهور بدفع النفقة مع قدرته بعد التنبيه عليه بالدفع . بعـد أن كان النص مطلق يجيز منع السفر حتى ولو لم يصـدر حكم على الزوج .

٣ــ يكون منع القاضى للـزوج مـن السـفر وفقـاً للقواعـد والاجراءات الخاصة بالأوامر على عرائض المنصـوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية .

وقال أعضاء اللجنة أنهم يؤكدون بشأن هذا التعديل علـى المبادئ الآتية :

المبدأ الأول : للزوج أن يطلب من زوجته عدم السـفر بحكم قوامته عليها .

المبدأ الثانى : عندما يريد الزوج إلزام زوجته بعدم السفر فإنه يلجأ للقاضى ، وذلك بدلاً من اللجوء إلى وزير الداخلية لتنفيذ المنع من السفر كما يقضى القانون القائم .

المبدأ الثالث : يرفض القاضى إصدار الأمر بمنع السفر إذا وجد أن هناك تعسفاً فى استعمال الحق .

فالمادة (٥) من القانون المدنى تنص على أن : (يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

١ــ إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

٢ــ إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

٣ــ إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة .

هذه الأحوال الثلاثة تجعل القاضى يرفض إصدار الأمر ومعنى هذا أن الأصل هو حق الزوج فى منع زوجته من السفر .

الخلاف هنا هو أن الزوج بدلاً من أن يخاطب وزير الداخلية بشأن منع زوجته من السفر ، فإنه يذهب للقاضى ، ليس عن طريق رفع قضية ، بل من أجل إصدار أمر على عريضة بالمنع من السفر .

المبدأ الرابع : أن المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات تقضى بأن كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع

نفقة لزوجته أو أقاربه أو أصهاره وامتنع عن الدفع مع قدرتـــه يحكم عليه بالحبس مدة ثلاثة شهور مع التنبيه عليه بالدفع .

هنا الزوجة ترى زوجها متيسراً ويمتنع عـــن الدفـــع ، ومن ثم فلها أن تطلب من القاضى أن يمنعه من السفر .

المبدأ الخامس : هذا القرار الخاص بالمنع مـــن الســـفر محدد المدة ويجدد ، وفى استطاعة القاضى فى التجديد الثـــانى أن يرفض الطلب ؛ لأنه راعى الأحوال الثلاث الـــواردة فـــى المادة (٥) من القانون المدنى .

المبدأ السادس : يجوز التنازل عن المنع من السفر فـــى أى وقت وبهذا يسقط أمر المنع بالتنازل .

وعندما عرض هذا القانون على أعضاء مجلس الشـــعب لمناقشته تم إلغاء هذه المادة (٢٦) الخاصة بسفر الزوجـــة [1] ، أو المنازعات حول السفر إلى الخارج .

وتم إضافة فقرة إلى المادة الأولى من هذا القانون وهـــى الفقرة الخامسة ونصها :

"يختص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائيـــة دون غيره بإصدار أمر على عريضة فى مسائل الأحوال الشـــخصية الآتية : ......

---

(١) مضبطة الجلسة التاسعة والعشرين المعقودة مساء يوم الأربعاء ١٩ مـــن شوال سنة ١٤٢٠ هـــ ، الموافق ٢٦ من يناير سنة ٢٠٠٠ م .

٥ـ المنازعات حول السفر إلـــى الخـــارج بعـــد ســـماع ذوى الشأن).

وقد تم إضافة هذه الفقرة إلى المادة الأولى لسد الفـــراغ الذى ظهر بعد حذف المادة (٢٦) .

نفقة الزوجة المسافرة :

الزوجة المسافرة إما أن تسافر لعادة ، وإمـــا أن تســـافر لعبادة . والمسافرة لعادة إما أن تسافر مع زوجها ، أو تســـافر فى حاجة لنفسها . وفى كل هذه الحالات إما أن يكون ســـفرها بإذن زوجها أو بغير إذنه .

فإذا كانت الزوجة مسافرة فى عادة وبغير إذن زوجـــها ، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بسقوط نفقتها ؛ لأنها منعـــت زوجها من التمكين التام بسفرها فأصبحت ناشز [١] .

بينما خالف فى ذلك الظاهرية فذهبوا إلى وجوب النفقـــة لهذه الزوجة [٢] .

وبداية يجب الإشارة إلى أن سفر الزوجة قبل الدخـــول بها ، يسقط نفقتها على زوجها مدة السفر ، لعدم قيام الاحتبـــاس فى بيت الزوجية أو الاستعداد ، لغيبتها ، وهذا باتفاق الفقـــهاء ،

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ ٤ ، ص ٢٠ ، حاشية الدســـوقى ، جـــ ٢ ، ص ٥١٤ ، نهاية المحتاج ، جـ ٧ ، ص ١٩٦ ، كشاف القنـــاع ، جـــ ٥ ، ص ٣٨٧ .

(٢) المحلى ، جـ ١٠ ، ص ٨٩ .

ويستوى عندهم أن يكون السفر للحج فرضاً أو نفلاً ، أو أن تسافر الزوجة وحدها أم مع أجنبى أو محرم .

أما إذا كانت الزوجة مسافرة بإذن زوجها وكان معها فقد اتفق الفقهاء على أن نفقتها لا تسقط ؛ لأنها فى قبضته وطاعته.

وكذلك إذا سافرت وحدها بإذنه وكان هذا السفر لحاجته؛ لأنها سافرت فى شغله ومراده .

أما إذا سافرت بإذن زوجها وكان سفرها فى حاجة نفسها ، فقد اختلف الفقهاء فى وجوب نفقتها .

فذهب بعضهم وهم الحنفية والحنابلة وقول عند الشافعى[1] : إلى عدم وجوب النفقة لها ؛ لأنها في حالة سفرها بدون إذن زوجها تعتبر غير ممكنة للزوج من نفسها ، ومن ثم فلم تجب لها النفقة كما لو سافرت بغير إذنه .

وذهب المالكية والظاهرية إلى أنه لا تسقط نفقتها . واستدلوا على ذلك : بأنها سافرت بإذن زوجها فلم تسقط نفقتها كما لو سافرت فى حاجته [2] .

وأرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى ؛ لأن

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ ٤ ، ص ٢٠ ، كشاف القناع ، جـ ٥ ، ص ٣٨٧، نهاية المحتاج ، جـ ٧ ، ص ١٩٥ .

(٢) حاشية الدسوقى ، جـ ٢ ، ص ٥١٤ ، المحلى ، جـ ١٠ ، ص ٨٩ ، نهاية المحتاج ، جـ ٧ ، ص ١٩٥ .

إذن الزوج لزوجته بالسفر وحدها يعد تنازلا منه عن حقوقه الزوجية قبلها خلال مدة السفر التى سمح لها فيها بالسفر ، ومن ثم فليس له أن يمنعها من نفقتها الواجبة لها قبله .

أما إذا كانت الزوجة مسافرة لعبادة : فإن سافرت الزوجة لأداء فريضة الحج [1] فقد اختلف الفقهاء فى وجوب النفقة لها على مذهبين :

المذهب الأول : تجب النفقة للزوجة ، وذهب إلى ذلك المالكية [2] ، والظاهرية [3] ، وبعض الحنفية [4] ، وقول عند

---

(١) السفر للحج شرطه أن يكون مع محرم ، أى رجل لا يجوز له أن يتزوج المرأة على سبيل التأبيد بسبب قرابة أو رضاع أو مصاهرة .

(٢) إذا كان أداء الحج فرضا ولو بغير إذن زوجها .

أما إذا سافرت للحج المندوب ، فإن كان السفر بإذن الزوج كان لها النفقة عليه ، وإن كان السفر بدون إذنه تسقط نفقتها . والنفقة هنا هى نفقة الحضر إذا لم تنقص عنها نفقة السفر ، فإن نقصت لم يكن لها سواها ــ أى سوى نفقة السفر ، وإن زادت نفقة السفر عن نفقة الحضر ، لم يكن لها سوى نفقة الحضر ، ولا يؤثر فى ذلك كون نفقة الحضر مقررة قبل السفر . (حاشية الدسوقي ، جـ ٢ ، ص ٥١٧) .

(٣) المحلى ، جـ ١٠ ، ص ٨٩ .

(٤) يرى أبو يوسف أن الزوجة التى تسافر للحج بدون إذن زوجها لها النفقة على زوجها ؛ لأن إقامة الفرض عذر ، وهو ضرورة دينية فلا يضر فوات الاحتباس من أجل أداء الفرض ، ويؤمر الزوج بالخروج معها والإنفاق عليها ، خاصة وقد أجمع الفقهاء على أن صومها وصلاتها لا تسقطان نفقتها ؛ لأن فوات الاحتباس يعتبر مبررا شرعيا . --

الشافعى [1] ، إلى وجوب النفقة لها .

واستدلوا بما يلى :

أن الزوجة قد أدت ما وجب عليها فى وقته ، فلا تسقط نفقتها بذلك الواجب .

فالتسليم المطلق قد حصل بالانتقال إلى منزل الزوج ثم فات بعارض أداء فرض وهذا لا يبطل النفقة ، كما لو انتقلت إلى منزل زوجها ثم لزمها صوم رمضان .

المذهب الثانى : ذهب بعض الحنفية [2] والشافعى فى

-- أما سفر الزوجة المدخول بها للحج نفلا أو تطوعا بدون إذن الزوج فهو مسقط لنفقتها عليه ، سواء كان السفر مع محرم أو بدونه . والنفقة الواجبة هى نفقة الحضر بأن يعتبر ما كان قيمة الطعام فى الحضر ، فيجب ، دون نفقة السفر ، لأن الزيادة التى فى نفقة السفر هى لحق الزوجة بإزاء منفعة تحصل عليها فلا تكون على الزوج .

فتح القدير ، جـ ٢ ، ص ٣٢٦ ، بدائع الصنائع ، جـ ٤ ، ص ٢٠ .

ويرى الحنابلة أنه ليس للزوج أن يمنع زوجته من أداء فريضة الحج، إذا كان معها رفقة مأمونة على نفسها ومالها ، سواء كانت الرفقة من النساء أو الرجال ، أما إذا كان الحج نفلا فلا يجوز لها السفر إلا مع ...ها أو محرم .

المغنى ، جـ ٣، ص ١٩٤ ، الانصاف ، للمرادى ، جـ ٩ ، ص ٣٨٢.

(١) المهذب ، جـ ٢ ، ص ١٦٠ .

(٢) يرى الأحناف أن الزوجة المدخول بها إذا سافرت للحج ولو نفلا مع زوجها لها عليه النفقة اتفاقا ؛ لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها ، والنفقة هنا هى نفقة الحضر إذا كان الزوج قد خرج مع زوجته لأجلها . أما إذا --

القول الثانى (الأظهر) إلى سقوط نفقتها .

واستدلوا على ذلك : بأن تسليم الزوجة نفسها لزوجها قد فات بأمر من قبلها وهو خروجها من منزل الزوجية فلا تستحق النفقة كالناشز . كما أنها منعت زوجها حقه الفورى فى نفسها فى مقابل أدائها فريضة الحج وهو على التراخى[1] .

ويناقش ما استدل به القائلون بعدم سقوط نفقة الزوجة فى هذه الحالة ، بأن قياس خروجها للحج على لزوم صوم رمضان لها بأنه قياس مع الفارق ، وذلك لأن الزوج فى شهر رمضان لا يمتنع استمتاعه بزوجته إلا فى النهار بخلاف الحج فإنه يمتنع الاستمتاع بها مدة طويلة ومتصلة .

ويناقش ما استدل به القائلون بعدم وجوب النفقة ، بأن هذا قياس مع الفارق أيضا ؛ لأن خروجها بغير إذن زوجها إلى الحج لا يعتبر نشوزا ؛ لأن النشوز مخالفة للزوج لا حق لها فيها ، أما هنا فلها حق المخالفة لأنها تؤدى ما أوجبه الله عليها.

-- كان الزوج قد أخرج زوجته للسفر معه ، سواء كان الحج فرضا أو نفلا لزمه جميع نفقة الزوجة .

أما إذا سافرت الزوجة المدخول بها للحج بدون إذن زوجها ولو مع محرم ، لا تجب لها عليه النفقة ؛ لأن فوات الاحتباس جاء من قبلها .

بدائع الصنائع ، جـ ٤ ، ص ٢٠ ، المهذب ، جـ ٢ ، ص ١٦٠ .

(١) مطالب أولى النهى ، جـ ٥ ، ص ٦٣٥ .

كما أن قولهم بأن الحج واجب على الفور وليس على التراخى ، فقد روى ابن عباس ـ رضى الله عنهما ـ عن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال : " تعجلوا إلى الحج فإن أحدكم لا يدرى ما يعرض له " (١) .

الرأى الراجح :

أرى أن خروج المرأة إلى أداء الحج الواجب عليها لا يسقط استحقاقها للنفقة ؛ لأن الرأى الراجح أن الحج على الفور.

د ـ اشتراط الزوجة على زوجها الالتحاق بالتعليم بعد الزواج أو الاستمرار فيه :

إذا اشترطت المرأة على من يريد الزواج بها أن تلتحق بالتعليم أو أن تستمر فيه .

بيان حكم هذا الشرط يتطلب الإشارة إلى النقاط الآتية :

١ـ لعله من المسلم به أن الشارع الإسلامى قد دعا كل مسلم ومسلمة إلى طلب العلم على المستوى الشخصى ، بل وجعل الشارع طلب العلم فى نطاق هذا المستوى يمثل فريضة كفائى فى بعض الأحيان تستأهل السعى إلى تحصيله فى أى مكان من أرض الله مهما بعد ، وقد وردت أدلة كثيرة تدل على ذلك .

---

(١) مسند الإمام أحمد ، جـ ٣ ، ص ٢٩٩ .

فالتشريع الإسلامي حين حث على التعليم ودعا إليه ، وجه الخطاب إلى المسلمين ذكورا وإناثا بما يجعل للمرأة درجة متساوية من الحق فى التعليم بجميع مستوياته ودرجاته . ذلك أن مناط الخطاب بطلب العلم هو أهلية المخاطب للتعلم واستعداده لذلك ، وهذا الاستعداد يتوقف على قدرات عقلية يمنحها الله لمن يشاء من عباده ذكرا كان أو أنثى .

قال الله تعالى : " يؤت الحكمة من يشاء ومن يؤت الحكمة فقد أوتى خيرا كثيرا وما يذكر إلا أولو الألباب " (١) .

ومن ثم فإن فرص التعليم المتاحة فى المجتمع يحظى بها أهل الاقتدار والاستعداد للتعليم والتفوق من الجنسين ، دون حجر لأحدهما بسبب جنسه . ومن ثم فإن تعليم المرأة شئ ضرورى جدا وحيوى ولازم ، وقد حرصت المرأة المسلمة على أن تنال نصيبا وافرا من العلم والمعرفة منذ عهد الإسلام المبكر .

فمن الكتاب :

قال تعالى : " شهد الله أنه لا إله إلا هو والملائكة وأولوا العلم قائما بالقسط لا إله إلا هو العزيز الحكيم"(٢) . وقال تعالى : " يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم

---

(١) من سورة البقرة : الآية (٢٦٩) .

(٢) من سورة آل عمران : الآية (١٨) .

درجات " [1] . وقال تعالى : " قل هل يستوى الذيـــن يعلمـــون والذين لا يعلمون " [2] . وقال تعالى : " إنمـــا يخـــش الله مـــن عباده العلماء " [3] .

ومن السنة النبوية الشريفة :

قوله ــ صلى الله عليه وسلم : " من سلك طريقا يلتمـــس فيه علما سلك الله به طريقا إلى الجنة " [4] .

وقد خاطب القرآن الكريم نساء النبى ــ صلى الله عليـــه وسلم ــ بأن يذكرن ما يتلى فى بيوتهن من آيات الله والحكمة.

قال تعالى : " واذكرن ما يتلى فى بيوتكن من آيـــات الله والحكمة إن الله كان لطيفا خبيرا " .

فقد كانت السيدة عائشة ــ رضى الله عنها ــ من أفقـــه نساء العالم ، وكانت تروى أحاديث كثيرة عن النبى ــ صلـــى الله عليه وسلم . ومما يذكر أنها روت عن النبى ــ صلـــى الله عليه وسلم ــ ألف حديث رواية مباشرة ، وهـــذا لـــم يتوافـــر

---

(١) من سورة المجادلة : الآية (١١) .

(٢) من سورة الزمر : الآية (٩) .

(٣) من سورة فاطر : الآية (٢٨) .

(٤) أخرجه مسلم فى صحيحه ــ كتاب الذكر والدعاء باب فضـــل الاجتمـــاع على تلاوة القرآن وعلى الذكر ، جــ ٤ ، ص ٢٠٧٤ ح رقم ٢٦٩٩ عـــن أبى هريرة ــ رضى الله عنه .

لسواها [١] .

وكانت أختها أسماء ـ رضى الله عنها ـ عالمة ، وقد روت عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ستة وخمسين حديثا " [٢] .

ويقول عليه الصلاة والسلام : " نعم النساء نساء الأنصار لم يمنعهن الحياء أن يتفقهن فى الدين " .

ويخبرنا التاريخ الإسلامى بأسماء الكثيرات من نساء المؤمنين ممن بلغن فى العلم درجة عظيمة ، وكان منهن فقيهات وأديبات وشاعرات وعالمات فى شتى فروع العلم ، وقد كن فى منزلة الأستاذ ، حيث نقلن العلم وأخذ عنهن علماء كثيرون من الرجال ، ومن ثم فإن التشريع الإسلامى يعطى المرأة الحق فى طلب العلم ويفتح أمامها أبواب الرقى إلى أعلى درجاته ، ولا يحول بينها وبين أن تكون أستاذة يؤخذ عنها العلم طالما كانت أهلا لذلك [٣] .

فالخروج لطلب العلم والفقه فى الدين والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجب عليهن كوجوبه على الرجال .

---

(١) تهذيب الأسماء ، للنووى ، ص ٨٤٨ .

(٢) مع حقوق المرأة فى الإسلام ، الأزهر الشريف ـ مجمع البحوث الإسلامية .

(٣) مع حقوق المرأة فى الإسلام ، ص ٥٦ .

ففرض على كل امرأة التفقه فى كل ما يخصـــها ، كمـا أن ذلك فرض على الرجال . ففرض على ذات الحـــال منـــهن معرفة أحكام الزكاة ، وفرض عليهن كلـــهن معرفـة أحكـام الطهارة والصلاة والصوم وما يحل وما يحـــرم مـــن المـأكل والمشارب والملابس وغير ذلك كالرجال ولا فرق [١] .

٢ــ المرأة كزوجة وربة بيت يلزمها معرفــة المبـادئ التى يمكن أن تدبر بها بيتا هى ربته ، والمسئولة عـــن تسـيير دفة أموره وأمور البيت متعددة بتعدد جوانب الحياة واختـــلاف شئونها . وموقعها هذا ــ وهو موقع كثير من النساء ــ يحتـاج منها إلى التزود بما تقدر عليه من مختلف مســتويات العلـم ، فهى محتاجة إلى العديد من جوانبه كالطب والاقتصـاد والإدارة والتدبير والتربية والتفصيل وغير ذلـــك ممــا يلــزم لقيامــها بأمورها الشخصية كزوجة وكأم . وهذه الأمور لا يمكن القيـام بها إلا بمعرفة أركانها وعناصرها وشروطها ولوازمها . وهـذه كلها فروع لموضوعات علوم مختلفة وتحصيلـــها لا يكـــون إلا بالعلـــم.

وفى هذا الصدد يقرر الفقهاء (أن ما لا يتم الواجـــب إلا به يكون واجبا) [٢] ، فإذا كان القيام بكل تلك الأمور لا يتـــأتى

---

(١) الأحكام فى أصول الأحكام ، لابن حزم ، طبعة الخانجى ، جـــ ٢ ، ص ٢٥٧ .

(٢) الموافقات ، للشاطبى ، جــ ١ ، ص ١٧٨ .

إلا بعد معرفة ماهيته والإحاطة بمبادئه ، يكون العلم واجبا في حد ذاته ، على أن التخصص في فرع معين من فروع المعرفة كالطب والصيدلة والتشريع وعلوم اللغة والأدب وغيرها من أنواع العلم ، يكون واجبا عليها على سبيل الكفاية ، إذا اقتضت ضرورة الحياة ذلك وتعين عليها إتقان تخصص معين ، وفي هذه الحالة يجوز لها أن تخرج لطلب العلم حيث قرر الفقهاء ذلك.

وليس هناك من ضابط إلا قدرتها الذاتية على التحصيل والتزامها بآداب التشريع الأخلاقية في الاحتشام والاختلاط .

والمرأة بحكم أنها مسئولة أمام الله عز وجل عن عملها، وأنها متساوية مع الرجل في تلك المسئولية ويقدر دورها في الحياة وهو دور متشعب المهام لا يقف عند حد القيام بضروب العبادات المختلفة وأنواع المعاملات المتعددة .

٣ـ لاشك أن تضمين وثيقة الزواج مثل هذا الشرط يوجب على الزوج عدم الحيلولة دون التحاق الزوجة بالتعليم أو استمرارها فيه ، وهذا الأمر قد يصطدم بما هو راجب على الزوجة شرعا من رعاية لشئون زوجها وأولادها في بعض الحالات ولا يمكن القول بجواز إهمال ما هو واجب على الزوجة شرعا لصالح الأسرة من أجل الحصول على منفعة خاصة بها تصطدم بما هو أولى بالرعاية .

أي أن المرأة تنفرد بمهمة خاصة تستأثر بها وتقتصر

عليها وهى إعداد جيل قوى يؤمن بربه ويعمل من أجل رفعة وطنه ، والجيل الثانى ، هو الآخر فى حاجة إلى من يتولاه بالتعليم ويتعهده بالرعاية والتنشئة على هدى الأخلاق الفاضلة، وقد أوكل الله عز وجل تلك المهام الجليلة للأم ، فهى مطالبة على سبيل الوجوب بالقيام بأحكام التكليف لتفعل ما أمر الله به، وتنتهى عما نهى الله عنه ، كما أنها مطالبة بتلقين أبنائها مبادئ الثقافة الراقية ، والأخلاق العالية ، وفضلا عن هذا وغيره هى زوجة وربة بيت ويلزمها معرفة حقوق زوجها عليها حتى لا تقصر فى مسئولياتها الزوجية .

وفى العصر الحديث حققت المرأة ألوانا من النجاحات فى دراسات مختلفة ، بل يسرت لها سبلا لم تكن ميسرة من قبل، فدخلت دور العلم وحرم الجامعة ، ومعامل البحوث وكتب لها فى كثير من المجالات نصر لا بأس به .

ولكن ذلك كان على حساب أمور مهمة فى حياتها ونريد أن نسأل هل وفقت فى دورها الجديد ؟ وهل استطاعت أن توفق بين البيت والعمل ؟ وما العوائد الحقيقية التى جنتها من خروجها إلى الكسب؟ (١) .

٤ــ عند النظر لبيان حكم هذا الشرط نجد أن : الزوج

---

(١) عمل المرأة بين الخطأ والصواب ، أسماء أبو بكر ، مكتبة التراث الإسلامى ، ص ١٢ .

عندما وافق على اشتراط الزوجة عليه أن تكمل تعليمها الـــذى بدأته قبل الزواج يكون قد رضى بالاحتباس الناقص فأصبح عليه أن يمكنها من ذلك ، طالما لا يؤثر على أدائها لواجباتها نحو الزوج والأولاد ، وخاصة إذا التزمت عند خروجها لطلب العلم بالحشمة والسلوك الإسلامى .

كما أن فائدة العلم لن تعود على الزوجة وحدها ، بل إن هذه الفائدة ستعم فتشمل الزوج والأولاد ؛ لأنها عن طريق التعلم ستعرف حقوق زوجها وأولادها نحوها ، وما يجب أن توفره لهم من رعاية ــ كما بين الشرع .

كل ذلك كان أدعى إلى موافقة الزوج على هذا الشرط وأحرص على الوفاء به ، بل وحث الزوجة على تنفيذه [1] ، هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى أرى أنه : لو كان طلب العلم على هذه الدرجة من الأهمية بالنسبة للزوجة ، فقد كان حريا بها أن تتفرغ لطلبه قبل اقترانها بزوج .

فالهدف الرئيسى والجوهرى من تعليم المرأة هو ذاتى أولا وأخيرا ، ذاتى قبل كل شئ أو أى شئ من أجل نقلها من الجهالة إلى العلم والمعرفة والوعى والإدراك ، من الظلام إلى

---

(١) أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى ، أ . د . / محمود بلال مهران ، ص٣٠٤ .

النور ، ومن ثم كان من الواجب أن تتعلم منذ صغر سنها لا أن تنتظر إلى يوم زواجها وتطلب وتشترط على زوجها أن تتعلم .

وبالإضافة إلى ذلك فإن طلب العلم إلى المستويات الرفيعة قد يستلزم السفر إلى الخارج لعمومية الشرط الوارد بالوثيقة ولاشك أن ذلك يتعارض مع النظام العام لعقد الزواج فى التشريع الإسلامى .

ولا يسوغ القول فى هذا الصدد بأن موافقة الزوج ابتداء على ذلك فى صدر حياته الزوجية يمثل رضا منه بذلك فى المستقبل .

نعم لا يسوغ الاحتجاج بذلك تأسيسا على أن المستقبل تحكمه اعتبارات الظروف المتغيرة التى تطرأ على حياة الأسرة بعامه .

ومن ثم فإنه من الأولى ترك ذلك لمحض إرادة الزوجين فى المستقبل على ضوء الظروف المتجددة للأسرة.

الفرع الثانى

الاشتراط فى نطاق حقوق الزوجة

يترتب على عقد الزواج بين الرجل والمرأة حقوقاً وواجبات لكل واحد منهما على الآخر يدلنا على ذلك قوله تعالى (ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف) . ومعنى هذا أن للنساء حقوقاً وواجبات ألزم الله الأزواج بها مثل الحقوق والواجبات التى للأزواج عليهن.

ومن ثم فقد أوجب الله سبحانه وتعالى على الزوج حقوقاً لزوجته بعض هذه الحقوق مالية كالمهر والنفقة.. وبعضها غير مالية كالعدل.

وبناء على ذلك قد تشترط الزوجة على زوجها أن يدفع لها مهراً أو أن يقدم لها ضامناً لوفائه بهذا المهر كما أنها قد تشترط تأجيل أو تعجيل كل أو بعض المهر.

وأيضاً قد تشترط بعض الشروط التى تتعلق بمنقولات بيت الزوجية أو مسكن الزوجية أو نفقتها وكيفية الحصول عليها. كما أنها قد تشترط على زوجها أن يعاشرها بالمعروف.

وأشير فيما يلى إلى حكم الاشتراط من جهة الزوجة فى نطاق مالها من حقوق على الزوج فى ثلاثة أقسام كما يلى :

القسم الأول : الاشتراط بخصوص الصداق.

القسم الثانى : الاشتراط بخصوص النفقة.

القسم الثالث : الاشتراط بخصوص العدل وعدم الأضرار بها.

القسم الأول : الاشتراط من الزوجة بخصوص صداقها[1] :

الصداق : هو ما أوجبه الشارع من المال أو المنفعة التى تُقوَّم بالمال حقاً للمرأة على الرجل فى عقد زواج صحيح أو دخول بشبهة، أو دخول مبنى على عقد فاسد.

ولقد جعل الله الصداق حقاً للمرأة وملكاً لها لا لوليها كما كان فى الجاهلية ليكون بمثابة الخطوة الأولى من الخطوات العملية التى تصلح نفس الزوجة وتجعلها تشعر بمكانتها فى المجتمع، وتحس بأنها مطلوبة مرغوب فيها وأن هناك من يبذل الكثير من ماله رمزاً لحاجته إليها ورغبته فيها، وهذا ما لا يوجد فى النظم التى تجعل المرأة باذلة كأنها هى الطالبة للرجل فيفرضون عليها أن تدفع من المال ما يسمى (بالدوطة) وقد يكلفونها ما لا تستطيع وربما ظلت الفتاة سنوات طوالاً تدخر من المال ما تقدمه لمن يخطبها، وهذا أمر غير طبيعى ويؤدى فى كثير من الأحيان إلى مفاسد خلقية ومضار اجتماعية لا داعى لها.

---

(١) الصداق فى الأصل أسم مصدر لأصدق ومصدره الإصداق.. مأخوذ من الصدق (بكسر الصاد) وسمى بذلك لاشعاره بصدق رغبة باذلة فى النكاح الذى هو الأصل فى إيجاب الصداق.

حاشية الشرقاوى على شرح التمرير ، جـ٢ ، ص ٢٥١ ، مغنى المحتاج، جـ٣ ، ص ٢٢٠ ، مطبعة مصطفى الحلبى ، ١٣٧٧هـ ــ ١٩٥٨م .

وأشير فيما يلى إلى بعض الشروط التى يمكن للزوجة أن تشترطها بخصوص صداقها.

أ ـ اشتراط الزوجة على زوجها أن يدفع لها مهراً :

إذا اشترطت المرأة على من يريد الزواج بها أن يدفع لها مهراً ، فهذا شرط صحيح قامت أدلة كثيرة تؤكده وتجعله من موجبات العقد ، فلا يملك الزوج ولا الزوجة ولا أولياؤها الاشتراط فى العقد على أن يكون الزواج بدون مهر إظهاراً لشرف المحل .

ومن هذه الأدلة :

قوله تعالى : " وآتوا النساء صدُقاتهن نحلة " (١) . وقوله تعالى : " فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة " (٢) . والنحلة معناها العطية والمراد بالأجور المهور.. فقد دلت الآيتان بمقتضى صيغة الأمر فيهما على وجوب المهر، فقد أمر الله سبحانه وتعالى الأزواج بإعطاء المهر لزوجاتهم، والأمر للوجوب.

ومن السنة : ورد أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ تزوج وزوج بناته على المهر ولم يتركه فى النكاح مع أن الله أباح له الزواج بدون مهر.

---

(١) من سورة النساء : الآية (٤).

(٢) من سورة النساء : الآية (٢٤).

كما دلت السنة على ذلك : فيمـــا روى أنـــس أن عبـــد الرحمن بن عوف تزوج امرأة على وزن نواه. فرأى النبـــى ــ صلى الله عليه وسلم عليه ــ بشاشة العرس فسأله فقـــال أنـــى تزوجت امرأة على وزن نواه [١] .

وفى رواية فقال : بارك الله لك أولم ولو بشاه.. وقـــال ــ صلى الله عليه وسلم ــ للرجل الذى أراد الزواج بالمرأة التـــى ذهبت إلى الرسول ــ صلى الله عليه وســـلم ــ فـــى المســـجد وعرضت نفسها عليه : ألتمس ولو خاتماً من حديـــد [٢] . فلـــو كان المهر غير واجب لَزوَجّه الرسول ــ عليه الصلاة والســـلام ــ بدون مهر ولخلت بعض عقوده عنه لكن ذلك لم يحصل فدل على الوجوب. وقد أجمع الصحابة على وجوب المهر.

ومن المعقول : أن عقد الزواج من العقود التـــى تقـــوم على الرحمة والمودة وتجمع بين نفسين على أساس من الإخـــاء والتعاطف لذا كان من اللازم أن يقدم الزوج لزوجته ما يرمـــز لحياتهما المستقبلة. وما يوحى بحســـن نيتـــه نحوهـــا ويثبـــت إخلاصه لها خاصة وأن عقد الزواج قد ملك الزوج قوامة علـــى زوجته وحبسها لتمتعه.. فكان من الحسن أن يقابل الرجل كـــل هذا بما يطمئن الزوجة. ويجبر خاطرها حتى تشعر أنها محـــل

---

(١) صحيح البخارى ، جـ٧ ، ص ٢٥ .

(٢) الموطأ ، ص ٣٢٦ ، صحيح مسلم بشرح النووى ، جـ٩ ، ص ٢١١ .

الرعاية منه. وتحس بأنها موضوع العناية عنده فكانت شرعية المهر تكريماً للزوجة من زوجها وإشعاراً لها وله بخطر الزواج، وقوة منزلته فى نفس كل من الزوجين. كما أن فيه إعانة للزوجة على إعداد أثاث بيت الزوجية الذى تقوم به عرفاً. كما أنها تحتاج عند انتقالها إلى بيت الزوجية إلى ملابس وأشياء خاصة بها تتطلب مالاً ، ومن ثم كان من المناسب أن يقدم لها الزوج ما يعينها على تجهيز هذه المطالب (١) .

ب ـ اشتراط الزوجة زيادة معلومة فى مهرها ، أو أن يكون من نقد معين ، أو أن يقدم لها الزوج أو وليه منفعة بجانب المهر :

قبل بيان حكم هذا الشرط ، هناك أكثر من سؤال يطرح نفسه من خلال عدة أمور :

الأمر الأول : هل الصداق عوض عن انتفاع الزوج بالبضع ، أم أنه تكرمة وعطية من الزوج أمره بها الله سبحانه وتعالى:

اختلف الفقهاء : فذهب بعض الفقهاء إلى أنه عوض عن الانتفاع المذكور (٢) . وذهب البعض الآخر إلى أنه تكرمة

---

(١) فى أحكام الأسرة ، أ . د . / محمد بلتاجى ، ص ٣٥٩ .

(٢) عند الحنابلة : أن المهر يدل على منفعة الزوجة ولذلك أجاز فى المهر كل ما تراضى عليه الزوجان من المال . (المغنى ، لابن قدامه، جـ٨، ص ٥).

وعطية من الله ، وفريق ثالث جمع بين القولين الأول والثاني حيث يرى أن من نظر إلى الظاهر من كون الصداق في مقابلة منفعة البضع جعله عوضاً عن هذه المنفعة.

ومن نظر إلى الحقيقة والباطن من كون الزوجة تستمتع بزوجها كما يستمتع هو بها أيضاً جعل الصداق تكرمة وعطية من الله سبحانه مبتدأة وصادرة من الزوج لتحصل الألفة والمحبة بين الزوجين [1] . وإلزام الزوج بالمهر دون الزوجة رغم استمتاعها هي أيضاً أن الله سبحانه وتعالى منح الرجل من قوة البنية، وكمال الجسم والعقل، ما يمكنه من السعي في الأرض ليعمل ويكسب وينفق على نفسه وعلى زوجته وأولاده، لأنها لا تستطيع أن تتحمل المشاق التي يتحملها الرجل، الذي يقطع الصخر ويصهر الحديد ويتحمل حرارة الصيف وبرودة الشتاء، فكان هو المطالب بدفع المهر دون المرأة.

وتخطيء أكثر القوانين الوضعية وبعض الاجتهادات الفقهية : قانونية أو كنسية أو إسلامية، عندما تقيس الزواج على بعض أحكام المعاملات المالية. فالزواج علاقة إنسانية، وإن كان فيها بعض المعاملات المالية، والمعاملات المالية في الزواج لا تقاس على سائر المعاملات المالية، لأن هدفها مختلف تماماً.

---

(١) شرح ابن قاسم وحاشية الباجوري عليه ، جـ٢ ، ص ١٣٣، ١٣٤ .

فالمهر الذى يدفعه الزوج لزوجته ليس شراء للزوجة، ولا عوضاً عن التلذذ بها، لأن الزوجة حرة كالزوج، ولأن اللذة متبادلة بين الزوجين، إنما المهر نحلة كما سماه الله عز وجل فى القرآن الكريم، أى عطية وهبة من الزوج لزوجته، تدل على أن من استطاع أن يدخر هذا المهر وطابت نفسه بأن يدعه لزوجته، يمكن أن ينفق عليها ويرعاها اقتصادياً واجتماعياً، دون أن يضيق عليها فيما يتطلبه الشرع منه[١] .

ونفقة الزوجة ليست أجراً للزوجة، كأجر العامل، ولا تسرى عليها أحكام الأجر فى عقد العمل، أو الأجرة فى عقد إجارة الأشخاص أو الأشياء، وإنما هى جزاء الاحتباس الذى تقتضيه الحياة الزوجية، حتى تتفرغ الزوجة لشئون بيتها وهى فى غنى عن جمع قوتها، ويتفرغ الزوج لكسب القوت فيؤدى تقسيم العمل بينهما إلى تحقيق أهداف الأسرة، فنفقة الزوجة من قبيل الرعاية الاجتماعية، لا عوضاً عن عمل، وفرق بين احتباس الزوجة لمصالح الأسرة، واحتباس العامل لمصالح صاحب العمل، لأن الزوجة شريك للزوج والعامل أجير.

ونفقة عدة الطلاق الرجعى كذلك، لأنها امتداد لنفقة

---

(١) ولو كان المهر حقاً فى مقابله منفعة البِضع فَلِمَ لم يسقط بموت الزوج قبل الدخول وتسميته فى العقد ؟ وكيف يجب نصفه بتطليقه قبل الدخول ولم يتحقق شئ من منفعة البِضع حينئذ ؟ (فى أحكام الأسرة ، أ . د. / محمد بلتاجى ، ص ٣٦٠) .

الزوجة، لأن المطلقة رجعياً فى عدتها لا زالــت زوجــة مــن بعض الوجوه.

الأمر الثانى : هل هناك حد أعلى للمهر ؟

اتفق الفقهاء على أن المهر ليس له حد أعلى لأنه لم يـرد فى الشرع تحديده بحد أعلى يقف الإنسان عنده ولا يتعداه.

ولكن السنة النبوية المطهرة أرشدت الناس إلـــى عـدم المغالاة فى المهور، حتى يكون الزواج طريقاً سهلاً لمــن أراد العصمة لنفسه وحتى لا يحجم الشباب عن الزواج لكثرة المهور - كما هو حاصل فى بعض البلاد العربية - فقــد روى عــن السيدة عائشة ــ رضى الله تعالى عنـــها ــ أن رســول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال : (إن أعظم النكاح بركــة أيســره مؤونة)[1].

وما روى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن أنه قال ســألت عائشة زوج النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ كم كــان صــداق رسول الله ــ صلى الله عليه وســلم ؟ قــالت : كــان صداقــه لأزواجه ثنتى عشرة أوقية ونشاً. قالت أتدرى ما النش ؟ قــال : قلت ، قالت : نصف أوقية فتلك خمســمائة درهــم ، فــهذا صداق رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ لأزواجه [2] .

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى ، جـ٩ ، ص ٢١٥ .

(٢) نيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ١٧٨ .

وعن أبى العجفاء.. قال سمعت عمر يقول : لا تغلوا صُدُق (بضم الصاد والدال) النساء فإنها لو كانت مكرمة فى الدنيا أو تقوى فى الآخرة كان أولاكم بها النبى ــ صلى الله عليه وسلم . ما أصدق رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ امرأة من نسائه ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من ثنتى عشرة أوقية.

وقد ورد أن عمر بن الخطاب أراد أن يمنع الناس من المغالاة فى المهور ويحدها بما دفعه النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ صداقاً لزوجاته. وما أخذ مهراً لبناته : وهو أثنتا عشرة أوقية (من الفضة) ثم قال : فمن زاد على أربعمائة درهم جعلت الزيادة فى بيت المال، فاعترضت عليه امرأة وقالت له : ليس ذلك إليك يا عمر ، فقال : ولم ؟ قالت : لأن الله يقول : "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتانا وآثماً مبيناً " (١) .

فقال عمر : اللهم عفواً كل الناس أفقه منك يا عمر، ثم رجع إلى المنبر فقال : (إنى كنت نهيتكم أن تزيدوا فى صدقات النساء على أربعمائة درهم فمن شاء أن يعطى من ماله ما أحب).

فهذه القصة تدل على أن المهر لا حد لأعلاه، فالرجل

---

(١) من سورة النساء : الآية (٢٠).

حر فى أن يدفع ما يشاء من المهر بدون أن يقف عند حد معين[1] .

الأمر الثالث : ما يصح وما لا يصح أن يكون مهراً :

اتفق الفقهاء على أنه يصح أن يكون المهر نقوداً ذهبية أو فضية كما يصح أن يكون ذهباً غير مضروب أو فضة غير مضروبة.

كذلك يصح أن يكون المهر من غير الذهب والفضة كالفلوس الخاصة ببعض الدول مثل الدولار والجنيه الاسترلينى وأوراق النقد وغيرهما من المكيلات والموزونات والحيوان والعروض كالثياب وغيرها. كما يصح أن يكون عقاراً كقطعة من الأرض الزراعية أو بيت من البيوت ويصح أن يكون المهر حيواناً له قيمة مالية سواء كان صغيراً كعنزة أو كبيراً كجمل.

وبالجملة كل ماله قيمة مالية فى نظر الشريعة الإسلامية يصح جعله ثمناً لشىء أو أجرة له صح جعله مهراً.

غير أن الأحناف يشترطون أن لا يقل المهر عن عشرة دراهم أو أن تكون قيمته عشرة دراهم على الأقل كما لو تزوج ا وجعل مهرها ثوباً معيناً أو شيئاً مكيلا أو موزوناً معيناً فإنهم يشترطون أن لا تقل قيمة هذا الشىء عن عشرة دراهم[2].

---

(١) الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ، ص ١٩١ .

(٢) فتح القدير ، جـ٢ ، ص ٤٢٦ ، بدائع الضائع ، جـ٣ ، ص ١٤٢٦.

واستدلوا على ذلك بما رواه الدارقطني والبيهقي عن جابر رضي الله عنه أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال (ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجن إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم) (١) .

والمعتبر عندهم في تحديد القيمة هو يوم العقد لا يوم تسليم المهر للزوجة أو وليها. ويتفرع على هذا أنه لو تزوجها على ثوب معين قيمته يوم العقد عشرة دراهم ولكنه تأخر في تسليمه للزوجة حتى صارت قيمته ثمانية دراهم فليس لها إلا ذاك الثوب لأن العبرة بقيمته يوم العقد.

أما إذا كانت قيمة هذا الثوب يوم العقد ثمانية دراهم فلم يسلمه لها حتى صارت قيمته عشرة دراهم وجب لها هذا الثوب ودرهمان، لأن العبرة بالقيمة يوم العقد لا يوم التسليم (٢) .

وذهب المالكية إلى أن أقل المهر ربع دينار أو ثلاثة دراهم خالصه أو ما يساوى أحدهما من العروض والعبرة بهذه القيمة يوم العقد .

وبناء على ذلك : إذا نقص الصداق عن الحد الأدنى (ربع دينار) فسد النكاح إذا لم يدخل بها الزوج ولم يتم المهر إلى الحد الأدنى ويترتب على هذا فسخ النكاح، أما إذا أتمه فلا

---

(١) نيل الأوطار ، جـ٦ ، ص ١٧٨ ، سنن الدار قطني ، جـ٣ ، ص ٢٤٥، ٢٤٦ .

(٢) بدائع الضائع ، جـ٣ ، ص ١٤٢٧ .

يفسخ وكذلك لا يفسخ إن دخل بها لكن يجب عليـــه فـــى هـــذه الصورة الأخيرة إتمام الصداق إلى الحد الأدنى [١] .

واستدلوا على ذلك بالقياس على السرقة، فيد الســارق لا تقطع أقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم فكذلك الصداق لا يكون أقل من المدار المذكور [٢] .

والرأى الراجح هو أن المهر لا حد لأقله مادام شيئاً لــه قيمة مالية وتراضى عليه الزوجان.

أما مالا يصح أن يكون مهراً باتفاق الفقهاء [٣] فهو كــل شىء ليست له قيمة مالية فى الشريعة الإسلامية كما لو جعــل مهرها خمراً أو خنزيراً فإن كل واحد منها ليست له قيمة ماليــة فى نظر الشرع وبالتالى تكون تسمية فاسدة.

وكذلك يصلح أن يكون مهراً كل منفعة معلومـــة تقــابل بمال مثل أن يجعل مهرها أرضاً زراعية تنتفع بزراعتها مـــدة معلومة، أو سيارة تركبها مدة معلومة أو داراً تنتفع بســكناها أو الحصول على أجرتها مدة معينة، وما شابه ذلك فمنفعـــة هـــذه الأشياء لها قيمة تقابل بالمال وهذا النوع لا خلاف بين الحنفيــة

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ، جـ٢ ، ص ٣٠٢ .

(٢) نيل الأوطار ، جـ٦ ، ص ١٧٨ ، شرح الخرشى على مختصر خليـل ، جـ٣ ، ص ٩١ .

(٣) بدائع الضائع ، جـ٣ ، ص ١٤٣٠ ، المهذب ، جـ٢ ، ص٧٢ ، مغنـى المحتاج ، جـ٣ ، ص ٢٢٥ ، المغنى لابن قدامه ، جـ٨ ، ص ٢٢ .

والشافعية والحنابلة فى جواز جعله مهرا للزوجة متى كانت مدة المنفعة معلومة.

غير أن الأحناف يشترطون بالإضافة إلى ذلك أن لا تقل قيمة هذه المنفعة عن عشرة دراهم وهى الحد الأدنى للمهر عندهم.

أما المالكية فقد اختلفوا في جواز جعل المنفعة صداقا على قولين أحدهما بالمنع والثانى بالإجازة [١] .

أما المنفعة التى لا تقابل بمال، لا تصلح أن تكون مهرا وذلك كأن يتزوجها ويجعل مهرها طلاق زوجته الأولى أو يجعل مهرها أن تكون مع أهلها أو ما شابه ذلك لأن هذه المنافع للزوجة لا تقوم بمال فلا يصح جعلها مهرا.

وبناء على هذا : أرى صحة اشتراط المرأة زيادة معلومة فى مهرها أو أن يكون من نقد معين ؛ لأن المهر عطية وتكرمه وبذله للمرأة برهان ودليل على الاهتمام بها ولأن زيادته عن مهر مثلها لا يوجد دليل على منعه.. أما اشتراط كونه من نقد معين فهذا أيضا صحيح بشرط ألا يدخله الضرر ، فيمكن أن يكون المهر من عملات أجنبية مثل الريالات والدولارات أو الإسترلينى طالما لها قيمة ثابتة فى السوق أثناء

---

(١) حاشيه الدسوقى ، جـ٢، ص ٢٩٤ ، شرح الخرشى على مختصر خليل، جـ٣ ، ص ٩١ .

العقد.

وقد ذهب الحنابلة إلى القول بصحة هـــذه الشـــروط ولا يجب على الزوج الوفاء بهذه الشروط رغم صحتها بل يسن فقط الوفاء بها لأنه لو وجب الوفاء به لأجبر الزوج عليه.

وهذا مخالف لفعل عمر بن الخطاب رضى الله عنه حيث أنه لم يجبر الزوج عليه حين رفع إليه [١] .

ويثبت للزوجة الخيار عند عدم وفاء الزوج بهذه الشروط فإن لم يف الزوج بهذه الشروط فللزوجة حق الفسخ وهو علـــى التراخى لأنه خيار ثبت لدفع الضرر فكـــان علـــى الـــتراخى تحصيلاً لمقصودها كخيار العيب والقصاص فلا يسقط إلا بمـــا يدل على الرضا منها من قول أو فعل مع العلم بعدم فعلـــه مـــا شرطت عليه فعله أو فعل ما شرطت أن لا تفعله فإن لم تعلـــم عدم الوفاء ومكنته منها لم يسقط خيارهـــا، لأن موجبـــه وهـــو الرضا لم يثبت فلا يكون له أثر كالمسقط للشفعة قبل البيع .

أما إذا اشترطت المرأة أن يقدم لها من يريد الزواج بـــها منفعة بجانب المهر. فالحال لا يخلو إما أن ينقص شرط المنفعة من مهرها بأن يكون أقل من مهر مثلها وهذا النقص مقابل هـذه المنفعة.. وإما أن تكون المنفعة زائدة على مهر مثلها.

---

(١) كشاف القناع ، جـ٥ ، ص ٩٠ ، حاشية العنقرى على الروض المربع ، جـ٣ ، ص ٨٨ .

فإن سمى الزوج لزوجته فى عقد الزواج مهراً أقل من مهر المثل ويشترط على نفسه فى مقابل ذلك أن يحقق لها منفعة مباحة أو لقريبها المحرم كالأب أو الأخ وتراضيا على ذلك.

فإن أوفى الزوج بالشرط فللزوجة المهر المسمى فى العقد فقط لرضائها بذلك وإن لم يوف لها هذا الشرط كان لها مهر المثل لعدم رضائها بالمهر المسمى.

ولكن إذا كان الشرط وارد على منفعة غير مشروعة كشرب الخمر وغيرها أو لصالح أجنبى عن الزوجة فيجب على الزوج المهر المسمي بشرط ألا ينقص عن الحد الأدنى للمهر لأنه لا يجوز الوفاء بمنفعة غير مشروعة ولأن المنفعة للأجنبى عن الزوجة غير مقصودة قصداً صحيحاً لأحد الزوجين.

أما إذا كانت المنفعة زائدة على المهر بحيث يكون مهرها المسمى مثل مهر مثلها.

فإن وفى لها بالمنفعة فهو عطية وتكرمه منه.. وإن لم يوف لها فليس لها شيء.

جـ ـ اشتراط الزوجة أو وليها أن يكون والد الزوج أو غيره ضامناً لتنفيذ الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج :

والمراد بالآثار المالية هنا : المهر والنفقة .

والحقوق المالية للزوجة منها ما تستحقه بمقتضى عقد الزواج الصحيح ومنها ما لا يجب إلا بعد أن تستقر فى بيت الزوجية. والنوع الأول من هذه الحقوق هو الصداق أو المهر

والنوع الثانى هو النفقة.

فإذا اشترطت الزوجة أو وليها على والد زوجها أو أى شخص آخر بأن يضمن وفاء الزوج بالمهر كاملاً [1] ، أو يضمن قيام الزوج بالإنفاق على الزوجة بما يتناسب مع أمثالها.

---

(١) **المهر فى اللغة** : له أسماء منها :
الصداق (بفتح الصاد وكسرها)، والصدقة (بفتح الصاد وضم الدال) ، يقال: مهرت المرأة إذا أعطيتها المهر، وأمهرتها كذلك . (المصباح المنير جـ٢، ص ١٥٢) .

ويقال : أمهرتها إذا زوجتها من رجل على مهر.

وفى الاصطلاح : هو ما أوجبه الشارع من المال أو ما يقوم مقامه حقاً للمرأة على الرجل فى عقد الزواج فى مقابلة الأستمتاع بها.. ولذلك كان حكمه الوجوب فليس ركناً ولا شرطاً من أركان أو شروط الزواج ولكنه حكم من أحكامه المترتبة عليه، وأثر من آثار الزوجية التى لا يملك الزوج ولا الزوجة ولا أولياؤها إخلاء الزواج منه.

ولا يجوز أن يصطلح الناس على أنه من حقوق الزوج على زوجته لأن هذا يعد تغييراً لأمر الله . وأدلة وجوب المهر كثيرة منها :

قوله تعالى: "وآتو النساء صدقاتهن نِحلة " والنِحلة هى العطية (سورة النساء: الآية ٤). وقوله تعالى : " فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة " (سورة النساء : الآية ٢٤) . والمراد بالأجور المهور فقد دلت الآيتان بمقتضى صيغة الأمر فيهما على وجوب المهر.

ومن السنة النبوية : روى أنس أن عبد الرحمن بن عوف تزوج امرأة على وزن نواه فرأى النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ بشاشة العرس فقال: إنى تزوجت امرأة على وزن نواه ، وفى رواية فقال : بارك الله لك أولم ولو بشاه . (صحيح البخارى ، جـ٧ ، ص ٢٥) .

فالمهر والنفقة كلاهما حكم من أحكام عقد الزواج وأثر من آثاره والزوج هو الملتزم بهما نحو الزوجة، ووفاؤه بهما واجب.

غير أن الزوجة - أو وليها - من باب ضمان وفاء الزوج بهما تشترط كفيلاً لذلك هو والد الزوج - أو أى شخص آخر على صلة بالزوج - بحيث إذا قصر الزوج فى الوفاء بالمهر أو بجزء منه، أو أهمل فى الإنفاق على الزوجة بما يليق بها، كان الكفيل ضامناً لكل ذلك، حسب ما تقضى به أحكام الكفالة.

والواقع أن قبض الصداق يحول دون أى نزاع حوله فى المستقبل وقد تقوم المرأة بقبض الصداق فهو حقها ولها أن تقبضه إذا كانت بالغة رشيدة. ولكن جرى العرف على أن الولى هو الذى يقوم بقبض الصداق نيابة عنها وهو عرف شرعى ، بل إن وجود الولى أمر جوهرى فى عقد الزواج.

وفضلاً عن ذلك فإن وثيقة الزواج الرسمية يدون فيها ما يثبت اعتراف الولى بقبض مقدم الصداق مما يحول دون أى نزاع فى هذا الأمر [1] .

حكم هذا الشرط :

الحال لا يخلو إما أن تشترط الزوجة تقديم كفيل أو

---

(١) حقوق الأسرة فى الفقه الإسلامى ، أ.د./ يوسف قاسم ، ص ٣٤٥ .

ضامن لدفع المهر المؤجل ، أو تقديمه لضمان الإنفاق عليها ، فإذا اشترطت تقديم كفيل ضمان المهر فالشرط صحيح باتفاق الفقهاء ، لأنه يضمن الوفاء بأحكام العقد، وآثاره المالية المترتبة عليه. كما أنه شرط ملائم ومؤكد لحكم يقتضيه العقد .

وهو مما يحرص عليه الشارع باعتباره من العوامل التى تؤدى إلى ترابط الأسرة وتماسكها، واستقرار العلاقة بين الزوجين ففى الحالات التى لا يقبض فيها الصداق فإن من حق الزوجة أو وليها.. المطالبة بكفيل يضمن الوفاء بحق الزوجة، حتى تستوثق من حصولها على صداقها منعاً للنزاع فى المستقبل.

فإذا قام الزوج بالوفاء ينتهى الأمر ولا إشكال، ولكن إذا ما قام الكفيل بالوفاء فإنه يكون من حقه الرجوع على الزوج بما أوفى للمرأة من صداق مفروض.

أما إذا اشترطت المرأة على من يريد الزواج بها تقديم كفيل أو ضامن له فى الإنفاق عليها ، فهذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء :

* فعند الحنفية : يجوز إعطاء الزوج كفيلاً بالنفقة الماضية والمستقبلة ؛ لأن الماضية تثبت فى الذمة ، والمستقبلة مآلها إلى الوجوب . ولا يجوز إجبار الزوج على تقديم كفيل بشئ من النفقة.

أما نفقة المستقبل فلم تجب بعد ، وأما نفقة الماضى

فلأنها بمنزلة سائر الديون يؤمر بقضائها ولا يجبر على ذلك بإعطاء كفيل . وقال أبو يوسف ــ رضى الله عنه ــ أن الزوج يجبر على إعطاء الكفيل بالنفقة المستقبلة طالت مدتها أو قصرت وذلك عند غيبة الزوج وعدم تركه النفقة الكافية فى مدة غيابه وطلبت الزوجة ذلك .

وأما عن النفقة الماضية فحكمها حكم سائر الديون لا يجبر الزوج على إعطاء كفيل لها ، إلا إذا تعرض الدين للخطر وذلك فى حالة إرادة المدين الغيبة قياساً على نفقة المستقبل (١) .

* وعند المالكية : يقولون برأى الأحناف المذكور . ويقولون أيضاً بإجبار الزوج المسافر على إعطاء كفيل بالنفقة أو ترك النفقة لها (٢) .

* وعند الشافعية : وجهان : **الوجه الأول** : يجوز إعطاء الزوج كفيلاً بالنفقة الماضية والمستقبلة . **والوجه الثانى** : هو إجازة الكفالة فى النفقة الماضية دون المستقبلة (٣) .

* وعند الإمامية : يجوز إعطاء الزوج كفيلاً بالنفقة الماضية والمستقبلة (٤) .

* وذهب الزيدية : إلى أنه لا يجوز إعطاء الزوجة

---

(١) المبسوط ، جـ ٥ ، ص ١٨٤ .

(٢) الشرح الكبير ، جـ ٢ ، ص ٥١٩ .

(٣) مغنى المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٤٣٥ .

(٤) الأحكام الجعفرية ، المادة (١٧٨) .

كفيلا بالنفقة الماضية أو المستقبلة بناء على أن النفقة الماضية لا تثبت فى الذمة والمستقبلة لم تجب بعد .

د ــ اشتراط الزوجة تعجيل بعض المهر وتأجيل البعض الآخر، أو اشتراطها أن يدفع لها المهر كله معجلا، أو يدفع لها ثلثيه معجلا وثلثه مؤجلا :

إن تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر مرجعه إلى العرف الذى لا يخالف قاعدة شرعية.. فهو لهذا السبب عرف شرعى.

والعرف هو ما اعتاده الناس، وتواضعوا عليه، فى شئون حياتهم حتى أنسوا به واطمأنوا إليه وأصبح أمرا معروفا سواء أكان عرفا قوليا [1] ، أو عمليا [2] ، عاما [3] ، أم خاصا[4].

وقد أخذ بالعرف وعمل به عامة الفقهاء [5] وبنوا عليه

---

(١) مثل تعارف الناس على أن السمك لا يسمى لحما، وعلى إطلاق (الولد) على الذكر دون الأنثى، على خلاف اللغة.

(٢) مثل تعارفهم على البيع بالمعاطاة ، من غير صيغة إيجاب وقبول لفظية.

(٣) هو ما يتعارف عليه كافة الناس على اختلاف طبقاتهم فى كافة البلاد والأقطار الإسلامية سواء أكان قديما أو حديثا.

(٤) هو ما يتعارف ويشيع فى بعض الأقطار أو بعض البلاد دون بعض كتعامل أهل بلد أو حرفة كتعارف أهل بلخ وخوارزم دفع الغزل إلى حائك لينسجه بثلثه وكالعرف التجارى بين التجار، والعرف الزراعى بين الزراع.. وهكذا. (نشر العرف فى بناء الأحكام لابن عابدين، جـ٢، ص ١٢٥، من الرسائل).

(٥) فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ٢٢١ ، الموافقات ، جـ٢، ص١٩٨، الإمام =

كثيرا من الأحكام فعندما جاء الإسلام كانت للعرب أعراف مختلفة، فأقر منها ما كان صالحا ويتلاءم مع مقاصده ومبادئه ورفض ما ليس كذلك، وأدخل على بعض الأعراف تصحيحات وتعديلات حتى تتمشى مع اتجاهه وأهدافه.

وأخذ الشريعة الإسلامية بالعرف إنما هو نوع من رعاية المصلحة إذ من مصلحة الناس أن يقروا على ما ألفوه وتعارفوه، واستقر عليه أمرهم على مر السنين والأجيال، فقد أصبح ألفهم واستقرارهم على عاداتهم حاجة من حاجاتهم الاجتماعية يعسر عليهم أن يتركوها ويعنتهم أن يتخلوا عنها.

وقد جاء الدين بالتيسير، ورفع الحرج والفتن عن الأمة ، قال تعالى : " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " (١) . وقال تعالى : " هو اجتباكم وما جعل عليكم في الدين من حرج"(٢) . وقال صلى الله عليه وسلم : " إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين "(٣) . وقال صلى الله عليه وسلم : " إن الدين يسر ولن يشاد هذا الدين أحدا إلا غلبه " (٤) . وقد اشتهر الأخذ

== مالك ، لأبي زهرة ، ص ٤٥١ ، المغني ، جـ ٣ ، ص ٥٠٥ .

(١) من سورة البقرة : الآية (١٨٥).

(٢) من سورة الحج : الآية (٧٨).

(٣) مجمع الزوائد ، جـ١ ، ص ٦١ ، جامع الأصول ، جـ١ ، ص ٢١٤ .

(٤) أخرجه الإمام البخاري – كتاب الإيمان باب الدين يسر ، وقول النبي – صلى الله عليه وسلم : أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة ، ٥١/١ ==

بالعرف عند الحنفية حتى ولو كان عرفا خاصا [1] ، فقد أخذ به الأولين والمتأخرين.

حيث روى عن أبي يوسف أنه صحح اشتراط رب الأرض على العامل حصاد الزرع ودراسته وتذريته لجريان العرف به في زمانه [2]. ولكن أصحاب القواعد الفقهية - عندما تكلموا في العرف الذي يصلح مخصصا للنصوص - قرروا أن المعتبر منه هو العرف العام أما العرف الخاص فلا يعتبر إلا عند جماعة من الفقهاء منهم نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة وأبو على النسفي [3] .

-- ح ٣٩ عن أبي هريرة ــ رضى الله عنه .

وأخرجه الإمام النسائي في سننه ــ كتاب الإيمان باب الدين يسر ، ١٢٢/٨ عن أبي هريرة ــ رضى الله عنه ، ط دار الريان للتراث .

(١) يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير جـ٥ ص (٢٢١) عند ذكر الشروط المتعارفة (ومثله في ديارنا - يعني مصر شراء القبقاب على أن يسمر له سيرا)، فقد صحح هذا الشرط لتعارف أهل مصر العمل به. وهذا الشرط ليس عاما.

(٢) الفتاوى الخانية ، جـ٣ ، ص ١٦٢ .

ذلك إخفاء محمد بن الحسن بجواز بيع الثمار التي قد بدأ صلاحها أو تم نضجها بشرط بقائها مدة على أشجارها لما جرى العرف في بلاده بذلك وهو عرف خاص حادث لم يكن في زمن الإمام وأبي يوسف .

(حاشيه ابن عابدين ، جـ٤ ، ص ٤١) .

(٣) قال ابن نجيم في الاشباه والنظائر ، ص ٤١ : (والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ولكن افتى كثير من المشايخ باعتباره).

ويقول الأستاذ الدكتور / زكى الدين شعبان عند ترجيحه للعمل بأى الرأيين (ونحن إذا عرفنا أن هذه القواعد إنما أخذت من الفروع فى المذهب أدركنا فى سهولة أنه لا عبرة بها إذا خالفت تلك الفروع وعلى هذا نستطيع أن نحكم بأن الصحيح من مذهب جمهور الحنفية اعتبار العرف ولو كان خاصا) [1] .

وإذا ثبت اعتبار الحنفية للعرف بهذا الشكل [2] فى باب الشروط كان فتحا له بعد إغلاقه بذلك الأصل الذى أصلوه وهو قولهم الأصل فساد الشرط إلا إذا دل دليل معين على صحتها - والحق أن هذا هو الذى يساير الزمن ويلائم المدنيات المتجددة ويجعل الشريعة مرنة رحبة الصدر، لا تصك فى وجه المستظلين بها أبواب الرقى والتقدم ، وفيه البرهان العملى على

---

(١) الشروط الشائعة فى المعاملات ، ص ٣٤٤ .

(٢) وهو أن يكون العرف مصادما للنص هنا وهو ما صح عند فقهاء الحنفية من أن النبى — صلى الله عليه وسلم — (نهى عن بيع وشرط) فيخصصه ولما رأى ذلك بعضهم حاول إخراج الشروط المتعارفة من مشمولات هذا النص حتى يتفادى المصادمة بينهما فعلل الحديث بعلة لا تتحقق فى الشرط المتعارف فقال إن النهى فيه معلل بوقوع النزاع والخصام بين المتعاقدين بسبب الشرط وذلك مخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع الخصومة، والشرط إذا صار متعارفا لا يؤدى إلى النزاع بين المتعاقدين. (حاشيه ابن عابدين ، جـ٤ ، ص ١٢٩).

وعموما الحنفية يعتبرون العرف معارضا للنص ومخصصا له ويعبر عن هذا العمل عندهم بالاستحسان.

صلاحيتها لكل الأزمنة ، والحجة الدامغة فى وجـــه الطـــاعنين عليها بالجمود [١] . وكذلك أخذ بالعرف المالكية.

ونقل عن الشافعى : أنه بنى بعض الأحكام لمذهبه الجديد على عرف أهل مصر وكان مذهبه القديم ما بناه على عـــرف أهل العراق، وأخذ به أيضا ابن قدامه وغـــيره مـــن الحنابلـــة استنادا إلى أدلة كثيرة منها :

* أن الشرع قد ترك أشياء كثيرة لـــم يحددهـــا تحديـــدا جامدا صارما، بل تركها للعرف الصالح، يحكم فيـــها ويعيـــن حدودها وتفاصيلها، كما فى قوله تعالى : " وعلى المولـــود لـــه رزقهن وكسوتهن بالمعروف " [٢] . وقوله تعالى : " وللمطلقات متاع بالمعروف " [٣] . فالعرف هو المحكم فى تحديـــد النفقـــة للمرأة.

ومثل ذلك : تحديد معنى التفرق فـــى حديـــث (البيعـــان بالخيار ما لم يتفرقا)، ومعنى الإحياء فى حديث (من أحيا أرضا ميتة فهى له)، ومعنى الحرز فى السرقة ومعنى (القبض) فـــى البيع والهبة ونحوهما وذلك لأن الشارع ذكر حكما ولم يبنيـــه، فدل ى أنه تركه لعرف الناس [٤] .

---

(١) الشروط الشائعة فى المعاملات ، ص ٣٤٥ .

(٢) من سورة البقرة : الآية (٢٣٣).

(٣) من سورة البقرة : الآية (٢٤١).

(٤) المغنى ، جـ٣ ، ص ٥٠٥ ، والكافى ، جـ٢ ، ص ٢٩، ٥٥ .

وجاء عن ابن مسعود ـ رضى الله عنه : (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن) [1] .

ومن القواعد الفقهية المشهورة : (العادة محكمة) [2] .

ومن فروعها (المعروف عرفا كالمشروط شرطا) - (والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص) - (والممتنع عادة كالممتنع حقيقة).

شروط العمل بالعرف :

لا يكون العرف معتبرا يجب العمل بمقتضاه إلا إذا تحقق له الشروط الآتية :

١- أن يكون العرف غالبا أى عاما شائعا بين جمهور الناس أو بين جمهور أهل بلدة أو أهل طائفة أو حرفة أو مهنة فلا عبرة بتعارف أفراد ولو كثر عددهم، لأنه لا يخرج عن كونه عادة فردية.

٢- أن يكون العرف مطردا أى يجرى عليه الأمر فى جميع الحوادث أو أن يكون غالبا أى يجرى عليه الأمر فى أكثرها، فلو كانوا يعملون به أحيانا ويتركونه أحيانا لم يصلح أن يكون مستندا أو دليلا ولا يبنى عليه حكم شرعى.

٣- أن يكون العرف مقارنا لنشوء الحادثة المراد تحكيمه فيها،

---

(١) كشف الخفاء ومزيل الألباس ، حديث رقم (٢٢١٤).

(٢) الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ، ص ٤٦ .

فلا عبرة بالعرف القديم، الذى هجر وترك قبل أن تنشأ الحادثة، كما لا عبرة بالعرف الطارئ الحادث بعد نشوء الحادث.

والأحكام المبنية على العرف تتغير بتغيره مكانا وزمانا فمن التغيير المكاني : كشف الرأس فإنه يختلف بحسب البقاع فى الواقع، فهو لذوى المروءات قبيح فى البلاد الشرقية، وغير قبيح فى البلاد المغربية، فالحكم الشرعى يختلف باختلاف ذلك فيكون عند أهل المشرق قادحا فى العدالة ، وعند أهل المغرب غير قادح[1] .

ومن التغيير الزماني : إذا تنازع الزوجان فى قبض الصداق بعد الدخول، فالقول قول الزوج مع أن الأصل عدم القبض، فقد كانت عادتهم بالمدينة، أن الرجل لا يدخل بامرأته حتي تقبض جميع صداقها، واليوم عاداتهم على خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العادات [2] .

٤- ألا يخالف العرف نصوص الشريعة وقواعدها العامة، فلو تعارف الناس على أمر يخالف نصا شرعيا أو يعطل قاعدة سبلا شرعيا فلا عبرة بهذا العرف ولا قيمة له. وذلك كتعارف الناس على تعاملهم بالربا أو الاقتراض من البنوك

---

(١) الموافقات، جـ٢، ص ١٩٨، علم أصول الفقه ، للأستاذ/ خلاف ، ص٩١.

(٢) الإمام مالك ، لأبى زهرة ، ص ٤٥٢ .

بفائدة ، أو ما جرت عليه عادة الرجال فى وقتنا الحاضر بلبس دبلة الزواج للإمارة على الزواج ، فإن كل ذلك عرف فاسد لاصطدامه مع نصوص الشريعة وقواعدها.

أنواع العرف :

يتنوع العرف إلى أنواع مختلفة باعتبارات متعددة : فهو يتنوع أولا إلى عرف عملى وعرف قولى :

فالعرف العملى : مثل تعارف الناس البيع بالتعاطى فى بعض السلع من غير صيغة لفظية مثل تعارفهم تقديم جزء من المهر عند العقد قبل الدخول بالزوجة وتأجيل باقيه إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الموت وكتعارفهم على تعجيل الأجرة قبل استيفاء المنفعة المعقود عليها.

والعرف القولى : هو ما تعارف الناس من إطلاق لفظ على معنى خاص لا يتبادر عند سماعهم غيره كتعارف الناس على إطلاق لفظ الولد على الابن دون البنت مع إنه فى اللغة يشمل النوعين وقد أيد هذا القرآن الكريم حيث يقول الله تعالى: "يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين " (١) .

وكذلك تعارف الناس على عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك مع أن القرآن الكريم سماها لحما طريا واللغة لا تمنع ذلك حيث يقول الله تعالى : " وهو الذى سخر لكم البحر لتأكلوا

---

(١) من سورة النساء : آية (١١) .

منه لحما طريا " [١] .

وينقسم العرف أيضا من حيث ما تعــارفوا عليــه إلــى عرف عام ، وعرف خاص .

فالعرف العام : هو ما تعارف عليه جميع أهل البلاد فــى زمن من الأزمنة كتعارف الناس على أن الخلو يدخل فى بيــع الدار والبيت [٢] .

والخاص : هو ما يتعارف عليه أهل بلد معين أو طائفــة خاصة من الناس كتعارف التجار على إثبات الديون التى تكــون على عملائهم فى سجلات خاصة من غير أشهاد عليها وتكــون فيما بينهم، وينقسم العرف أخيرا من حيث اعتباره وعدم اعتباره إلى عرف صحيح وعرف فاسد. فالصحيح ما توافرت شــروطه الشرعية والفاسد ما تخلفت شروط صحته .

الفرق بين العرف والعادة :

العادة أهم من العرف فهو نوع منها، لأن العادة قد تكون عادة فردية لشخص معين، فلا تسمى عرفا، وقد تكــون عــادة جماعية، وهى التى تسمى عرفا، سواء أكان العرف خاصــا أو كان العرف عاما.

---

(١) من سورة النحل : آية (١٤) .

(٢) المقصود بالخلو الفضاء التابع للمنزل.

الفرق بين العرف والإجماع :

يفترق العرف عن الإجماع من وجهين، من ناحية الحقيقة، ومن ناحية الحكم .

أما من ناحية الحقيقة : فإن حقيقة الإجماع إنه اتفاق جميع المجتهدين خاصة ، فلا عبرة بموافقة غير المجتهدين من جمهور الأمة أو مخالفتهم، أما العرف فإنه يتحقق باعتياد الناس، سواء كان منهم مجتهدون أو لم يكن.

وأما من حيث الحكم : فإن الإجماع حجة على جميع الناس، المجتمعين وغيرهم، فى زمانهم وفى الأزمة اللاحقة. أما العرف فإن حجته قاصرة على من يتعارفوا عليه دون من لم يتعارفوا عليه من معاصريهم أو ممن يأتون بعدهم.

ومع ذلك فإنه إذا كان فى الأمة فى زمان من الأزمنة مجتهدون واعتاد الناس جميعا – بما فيهم المجتهدون – أمرا من الأمور فإن ذلك الأمر يكون متعارفا عليه ومجمعا عليه فى وقت واحد ويثبت بهذا الاعتياد حجية مطلقة بناء على الإجماع وليس بناء على العرف [١] .

وبالنسبة لبيان حكم هذا الشرط أقول :

إن الغرر فى الزواج يكون غالبا من جهة المهر .

---

(١) محاضرات فى الشريعة الإسلامية ، مستشار دكتور / أحمد توفيق الأحول، ص ١٣٥ .

وعند الحنفية : يؤثر الغرر الناشئ عن جهالة نوع المهر فيفسد التسمية، ولكنه لا يفسد العقد، لأن الزواج من العقود التى لا تفسد بجهالة البدل .

فلو تزوجها على أن مهرها دابة، أو ثوب، أو دار فالتسمية فاسدة ؛ لأن هذه جهالة فاحشة، ويجب على الزوج فى هذه الحالة مهر المثل.

أما الغرر الناشئ عن جهالة وصف المهر فلا يفسد التسمية ما دام النوع معلوما، فلو تزوجها على أن مهرها فرس، أو ثوب معين النوع فالتسمية صحيحة ويجب على الزوج الوسط مما سمى أو قيمته [(١)] .

ويجوز عند الحنفية تأجيل المهر إلى أجل معلوم، أو مجهول جهالة متقاربة على الصحيح عندهم، أما إن كانت الجهالة متفاحشة فلا يثبت الأجل، ويجب المهر حالا، ويمثلون للجهالة المتقاربة بالتأجيل إلى الحصاد وللجهالة الفاحشة بالتأجيل إلي الميسرة.

غير أن الحنفية يجوزون التأجيل إلى الطلاق أو الموت على الصحيح وإن كانت الجهالة هنا تعتبر من الجهالة الفاحشة عندهم، وذلك لأن العرف جرى بالتأجيل إلى هذين الأجلين [(٢)] .

---

(١) فتح القدير ، جـ٢ ، ص ٤٦١ .

(٢) فتح القدير ، جـ٢ ، ص ٤٦١ ، ابن عابدين ، جـ٢ ، ص ٤٦١ .

وعند المالكية : الغرر الكثير الذى يفسد البيع لا يؤثـــر كله فى عقد الزواج . فمن صور الغرر الذى يعتبر كثيرا مفسدا للبيع ما يكون مغتفرا بالنسبة للزواج .

ما لو تزوجها على عشرة من الإبل مثلا من غير وصف فإن الزواج صحيح، والتسمية صحيحة وللزوجة إبل وســـط - أما لو تزوجها على بعير شارد، أو ثمرة نخل لم يبد صلاحـــها، أو على ما فى بطن غنمه ونحو ذلك فلا يجوز الزواج لأن هــذا غرر لا ضابط له [(١)] .

والقاعدة التى تحكم تأجيل المهر عندهم : أنه لا يجـــوز التأجيل إلا لزمن محدود، ولهذا التأجيل إلى الموت أو الفـــراق كما منعوا التأجيل إلى الدخول، إلا إذا كان وقته معلوما بالعـــادة على المشهور.

ولكنهم يجوزون تأجيل المهر إلـــى الميســـرة، إذا كـــان الزوج مليا (بالقوة) كمن عنده سلع يرصد بها الأسواق أو لـــــه استحقاق فى وقف ونحوه كما جوزوا تأجيل المهر إلى أن تطلبه المرأة[(٢)] .

---

(١) الفروق ، جــ١، ص ١٥٠، القوانين الفقهية ، ص١٩٧، المدونة ، جــ٤، ص ٦٧ .

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير ، جــ٢ ، ص ٣٠٢ ، بداية المجتهد ، جــ٢، ص٢٢.

وعند الشافعية والحنابلة [1] : يؤثر الغرر على المهر في الزواج كما يؤثر الغرر في ثمن المبيع .

ويشترط الحنابلة في المهر إذا كان مؤجلا، أن يكون الأجل معلوما فلو أجله إلى قدوم فلان، أو إلى مجيء المطر ونحوه، لم يصح لأنه مجهول ويحتمل في هذه الحالة – أن تبطل التسمية – ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل المهر.

أما إذا أجل المهر ولم يذكر آجلا، فهنا يحمل المطلق على العرف والعادة في الصداق الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة. فيحمل عليه ويصير معلوما بذلك.

ومن خلال أقوال المذاهب بخصوص تأجيل المهر أو جزء منه أجد أن :

١- مثل هذه الشروط يعمل العرف على حسم المنازعات التي تثور بشأنها وخاصة العرف السائد في البلاد التي يعيش فيها الزوجان ومنازعات الزوجين حول الصداق إما أن تكون في أصل التسمية ، أي هل سبق الاتفاق على صداق أم لا ؟ وقد تكون المنازعة في مقدار الصداق أو في قبضه أو ى وصفه.

والواقع أن هذه المنازعات – كلها أو معظمها – كانت متصورة في ظل القواعد الفقهية المجردة.

---

(١) مغني المحتاج ، جـ٣ ، ص ٢٢٠ ، المغني ، جـ٦ ، ص ٦٨٧ .

أما الآن فقد اشترط القانون لسماع دعوى الزوجية أمام القضاء أن يكون الزواج موثقا أمام الموظف المختص وفى الوثيقة الرسمية بند خاص بالصداق وهذا هو أصل التسمية، فلا مجال للخلاف حولها وفى هذا البند الخاص بالصداق يبين مقداره، والمقدم منه والمؤخر وبهذا ينتهى النزاع حول مقدار الصداق[1] .

مع الأخذ فى الاعتبار أن : الصداق المعجل والصداق المؤجل ليس من قبيل أنواع الصداق وإنما هو مجرد تقسيم للصداق المتفق عليه. حيث جرى العرف أن يكون الصداق مقسما بين معجل ومؤجل أو ما يسمى مقدم الصداق ومؤخره، فيدفع المقدم أولا عند إبرام العقد أو بعده وعادة ما يكون قبل الدخول ، أما المؤخر فلا يدفع إلا عند أقرب الأجلين، الطلاق أو الوفاة.

فإذا طلقت طلاقا بائنا وجب على الرجل أن يدفع لها مؤخر صداقها، وإذا توفيت كان لورثتها أن يطالبوا الزوج بمؤخر الصداق، ويكون هذا المؤخر عنصرا من عناصر تركتها.

أما إذا توفى الزوج فيكون من حق الزوجة أن تستوفى مؤخر صداقها من تركته قبل تقسيمها باعتبار هذا المؤخر دينا

---

(١) حقوق الأسرة فى الفقه الإسلامى ، أ. د. / يوسف قاسم ، ص ٢٤٤ .

ثابتا فى ذمته.

وقد يختلف الزوج مع زوجته بالنسبة لبعض الأموال التى أعطاها لزوجته، فأدعى أن ذلك من الصداق وادعت هى أنه قدمها لها على سبيل الهدية.

والفصل فى ذلك إنما يكون حسب البينة التى تؤيد إحدى الدعويين فمن قامت له البينة بصحة دعواه حكم له بما ادعاه ، فإذا لم توجد بينة لكل منهما، وجب الرجوع إلى العرف السائد بالنسبة للأشياء المقدمة، فإذا كان العرف يقضى باعتبارها من الهدايا، فلا حق للزوج فيها، وإذا كان العرف يعتبرها من الصداق كان حقا للزوج وبالتالى فلا يطالب من الصداق إلا بالمقدار الذى يبقى بعد تنزيل ما حكم له به.

وقد يصادف أن تكون الزوجة قد قدمت لزوجها شيئا فى مقابلة ما أعطاها على سبيل الهدية حسب ظنها.. فإذا ما حكم باعتبار ما قدمه لها من الصداق واحتسب منه، فإنه يكون من حق الزوجة أن تطالبه باسترداد ما أعطته من هدايا، لأنه أثبت بموقفه إنه لا يستحقها حيث ظهر لها أن ما اعتقدته هدية احتسب من صداقها والحق أن هذا احتمال بعيد [1] .

فإذا نص فى عقد الزواج على الصداق ولم يذكر فيه مقدم ولا مؤخر فقال بعض الفقهاء يطبق العرف السائد فى بلد

---

(١) حقوق الأسرة ، ص ٢٤٦ .

الزوجين وقت إبرام العقد .

وذهب فريق آخر إلى أن الأصل فى الصداق أن يكون معجلاً، فإذا لم يوجد نص خاص بالتأجيل فإنه يجب على الزوج أو كفيله أن يدفعه بأكمله لأن الصداق حكم من أحكام عقد الزواج وهو عقد لا تتراخى أحكامه عن أسبابه فكان الواجب تعجيله بمجرد تمام العقد ولكنه يؤخر بالشرط ولا شرط فيبقى الأصل [١] .

هـ ـ اشتراط الزوجة على زوجها أن يدفع لها مرتب دورى أو مبلغ مقطوع إذا طلقها بغير رضاها :

لبيان حكم هذا الشرط أقول :

من الثابت شرعا أن حل عقدة الزواج بمقتضى الطلاق الصادر عن الرجل إنما يمثل استعمالا لخالص حقه الشرعى[٢].

وما عهد فى التشريع الإسلامى أنه يرتب على ذلك من الأحكام سوى استحقاق المطلقة لمؤخر صداقها [٣] ونفقة عدتها[١]

---

(١) الأحوال الشخصية ، للإمام أبو زهرة ، ص ٤٦-٤٧ .

(٢) فمن المعروف أن الشريعة الإسلامية تعطى الزوج الحق فى طلاق زوجته بإرادته المنفردة ؛ لأنه لما كان هو المكلف بالإنفاق فى سبيل تأسيس وبقاء الزوجية ، كان له فى مقابل ذلك حق الطلاق ، وقد سبق بيان ذلك .

(٣) الأصل أن الزوج يعجل المهر كاملا لزوجته وقت إبرام عقد الزواج باعتباره أحد آثار هذا العقد .

إلا أنه استثناء من هذا الأصل يجوز تأجيل الوفاء بكل أو بعض المهر بعد إبرام عقد الزواج إلى ما قبل الدخول أو بعده حسبما يتفق الزوجان ==

والمتعة فى بعض الأحوال .

ومن ثم يعتبر دفع الرجل لمبلغ مقطوع أو راتب دورى يدفعه الزوج لزوجته إذا طلقها بغير رضاها بمثابة (تعويض) يتعهد به الزوج لزوجته عند الزواج بها أو بعد ذلك .

وقد اختلف أهل الفقه والقضاء حول حكم هذا التعهد على قولين :

القول الأول : ذهب البعض من الفقهاء وأحكام القضاء إلى أن الزوج المسلم إذا طلق زوجته فلا يكون مسئولا عن تعويضها عن هذا الطلاق حتى ولو تعهد لها بهذا التعويض عند

= على الوفاء به ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على تأجيل أو تعجيل كل أو بعض المهر، فإنه يرجع إلى العرف الجارى بين الناس فى البلد ؛ لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، كما هو العرف السارى فى مصر على تعجيل نصف المهر وتأجيل النصف الآخر لأقرب الأجلين الوفاة أو الطلاق . (المحيط فى شرح مسائل الأحوال الشخصية ، مستشار / حسن حسن منصور ، جـ ٢ ، طبعة ٢٠٠١ ، ص ٢٢٩) .

(١) أجمع الفقهاء على إيجاب نفقة المعتدة من طلاق رجعى وسكناها حتى تنتهى مدتها؛ لأنها فى معنى الزوجة، حيث يلحقها الطلاق كما يجرى التوارث بينها وبين زوجها ، ثم اختلفوا فى نفقة البائن وسكناها سواء كانت حاملا أم لا .

أما الحامل فقد انحصر خلافهم فى قولين : **الأول** : لا نفقة لها ولا سكنى، وبهذا قال ابن حزم . **الثانى** : لها النفقة والسكنى حتى تضع حملها ، وبهذا قال جمهور الفقهاء . (المبسوط ، جـ ٥ ، ص ٢٠١ ، المدونة ، جـ ٢ ، ص ١٠٨ ، الأم ، جـ ٥ ، ص ٢١٩ ، المغنى ، جـ ٩ ، ص ٢٨٨ ، المحلى ، جـ ١٠ ، ص ٢٨٢ ، مسألة ٢٠٠٤) .

إبرام عقد الزواج أو بعده [1] .

القول الثانى : ذهب رأى آخر إلى مسئولية المطلق عن تعويض مطلقته عن الطلاق إذا طلق من غير حاجة ، وخاصة إذا تعهد لزوجته فى وثيقة عقد الزواج بهذا التعويض .

واستدل أصحاب القول الأول بما يلى :

أولاً : أن الشرع الحنيف جعل للزوجة بديلاً عن التعويض هو مؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة ، بالإضافة إلى المسكن .

ثانياً : اعتبار الطلاق حقاً مكروهاً فى الشرع ، لا يقتضى إلزام المطلق تعويض المطلقة ؛ لأن الطلاق حلال ، وهو مشروع للرجل ، ومن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً فلا ضير عليه ، ولا يُسأل عما أصاب غيره من ضرر .

وقد راعى الشرع أن يكون للزوجة وأهلها الاحتياط لضرر الطلاق ، فأباح الاتفاق على مؤخر للمهر إلى جانب المقدم ، ولا بأس أن يكون هذا المؤخر كبيراً طالما رضى الزوج به ، وللزوجة أن تشترط مهرين مائة مثلاً إن لم يطلقها ومائتين مثلاً إن طلقها . وطالما تم الاتفاق على المهر ، وفيه يمكن الاحتياط لضرر الطلاق ، فليس للمطلقة أن تطلب تعويضاً عن حق استعمله الزوج استعمالاً مشروعاً .

---

(١) الأحوال الشخصية ، للإمام أبو زهرة ، ص ٢٨٢ .

ثالثاً : أباحت الشريعة الإسلامية للزوج أن يـنزل عـن حقوقه ، وذلك فيما لا يتعارض مع الشرع ، فليس للزوج مثـلاً أن ينزل لغيره عن حقه فى زوجته . كمـا أن مذهـب الإمـام أحمد بن حنبل ـ ومن معه من الفقهاء كما سبق وبيّنا ـ أبـاح الشروط فى الزواج إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حـرّم حـلالاً ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم : " المسلمون على شـروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً " . واشتراط الزوجة أن يدفـع زوجها تعويضاً عند طلاقها قد يحرم حلالاً ، لأنه قـد يحـول بين الزوج واستعمال حقه فى الطلاق حتى لا يدفع التعويـض . كما أن هذا الشرط سيؤدى إلى أن يكون الزوج متذمـراً مـن زوجته ، فلا يعاشرها بالمعروف ، ولا يكون فى بيت الزوجيـة سكن ومودة ورحمة .

رابعاً : أُبيح ، فى الخُلع ، أن يأخذ الزوج تعويضـاً من زوجته لطلاقها ، بينما لا يجوز أن تأخذ الزوجة منه تعويضـاً عند طلاقها ؛ لأن قياس هذه الحالة على تلك قياس مع الفـارق، ذلك أن تعويض الخُلع هو ثمن الحرية ، بينما تعويض الطـلاق قيد على الحرية . فالزوجة التى تُخالع زوجها تدفـع تعويضـاً له، لتحصل على حريتها والخلاص منه ، إذ تفتدى نفسـها بـه منه ، وتملك الزواج بغيره كما تشاء . أما الزوجة التى تشـترط على زوجها دفع تعويض عند طلاقها ، فإنما تقيد حريتـه فـى الطلاق وهو حق له . وقد كان لها أن تحتاط لنفسها باشـتراط

مؤخر كبير للمهر ، وإذ لم تفعل فلا تلومنّ إلا نفسها . وفرق بين تعويض الطلاق ومؤخر المهر ؛ لأن الزوج عند الاتفاق على مؤخر المهر كان حراً فى الزواج بهذا المهر أو رفض الزواج به ، ولا محل عند عقد الزواج للاتفاق على تعويض الطلاق ؛ لأن فى مؤخر المهر غنى عنه . أما اتفاقه بعد الزواج على تعويض الطلاق ، فهو اتفاق يأتى بعد تقييده بالزواج ويحول دون حقه فى الفكاك منه .

ثم إن الزوج هو الذى أنشأ الزواج وهو المسئول عن الإنفاق عليه ، فإذا أرادت الزوجة أن تنهيه كان ما تدفعه للزوج من بدل الخُلع تعويضاً عما أنفقه فيه يمكّنه من زواج جديد ، بينما إذا طلّق الزوج كان لمطلقته مؤخر المهر ونفقة العدة والمتعة وحضانة الأولاد وأجر الحضانة . وإذا رغب فيها زوج جديد دفع لها مهر جديد . فكان قياس بدل الخُلع على تعويض الطلاق قياساً مع الفارق .

خامساً : القول بأن تعهد الزوج لزوجته بدفع تعويض إذا طلقها ، يُكَيف بأنه التزام أصلى بالتعويض معلق على شرط هو وقوع الطلاق ، تكييف غير صحيح ، إذ هو فى حقيقته تعهد من الزوج بعدم الطلاق يقترن بشرط جزائى بدليل أن محكمة النقض لا تحكم به بمجرد الطلاق ، وإنما بعد أن يثبت أن الطلاق لم يكن مترتباً على عمل حصل من جانب الزوجة وأن يكون قد نالها ضرر من وقوعه ، أى بعد أن

يثبت خطأ من الزوج سبّب ضرراً للزوجة مع توافر علاقة السببية بينهما ، وهذه أحكام الشرط الجزائى أو التعويض الاتفاقي ، حيث لا يحكم القاضى به إلا إذا ثبت خطأ سبّب ضرراً لطالب التعويض . وطالما كان تعهد الزوج بدفع تعويض لزوجته عند طلاقها ، يعتبر تعهداً منه بعدم الطلاق مقترناً بشرط جزائى ، كان هذا الشرط الجزائى تابعاً لالتزام أصلى باطل ، فلا يقضى به .

سادساً : مما لاشك فيه أن الاتفاق على تعويض الطلاق يدفع المطلق ــ فى سبيل التخلص من دفع التعويض ــ إلى كشف سبب الطلاق والتقوّل على زوجته بما هى براء منه ، وإظهار خطأ الزوجة أو عيب فيها أو عجز منها دفعه إلى طلاقها ، وهذا يستتبع المساس بالمطلقة من ناحية ، والمساس بعلاقات اجتماعية يستتبع المساس بها من المفاسد ما لا يحمد عقباه ، وهو ما يخالف الشريعة الإسلامية التى جعلت الطلاق بيد الرجل لا بيد القاضى ، حتى لا تتكشف عيوب الزوجة وأسرارها أمام القضاء . والقول بأن هذه النظرية غير مسلمة، بدعوى أنه لا أثر لها فى بحوث الفقهاء ، يرد عليه بأنها مسلمة وملحوظة فى الشريعة الإسلامية : (أ) فيما ورد بالقرآن الكريم من بعث حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة عند ظهور بوادر الفراق والخوف من الشقاق ؛ لأن فى اختيار الحكمين من أهل الزوجين ستر للمرأة . (ب)

وملحوظة فى تكليف الزوج بأعبـــاء الطــلاق ، دون إعطائـــه فرصة للتخلص منها بإثبات خطأ من زوجته أو عيب فيـــها أو عجز منها دفعه إلى طلاقها وغير ذلك مما يقتضيه العدل الــذى تأمر الشريعة الإسلامية به ، وغلبت عليــه الرحمـــة والســتر بالمرأة ، فقد يكون الطلاق ذلك لأمور داخلية ينأى بنفسه عـــن إذاعتها على الناس حفاظاً على ما يجب الحفـــاظ عليــه مـــن أسرار الزوجية . (جـ) وملحوظة فى الأمـــر بالمتعـــة لكــل مطلقة جبراً لوحشة فراقها ، دون بحث عن ســبب الطــلاق . (د) وملحوظة فى أمر الله تعالى بـــالتزام حدودهـــه ، والأمـــر بالإحسان ، أى التصرف كما لو كان الشخص يـــرى الله عــزّ وجل ، فإن لم يكن يراه فإن الله يراه . (هـ) وملحوظـــة فـــى أمر الله عزّ وجل فى القرآن الكريم بألا ينسى المطلق ومطلقتـــه الفضل بينهما .. إلى غير ذلك من الأحكام .

أما القول بأن للزوجة أن تطلب من القاضى تطليقها مـــن زوجها ، إذا ادعت إضراره بها بمـــا لا يســتطاع معــه دوام العشرة بين أمثالهما ، وأن بحث ذلك دفعاً ودفاعاً قـــد يكشــف الستر عما يقال إن الشريعة الإسلامية تتطلب ستره من شـــئون الزوجين ، فذلك قول غير مسلم ، لأن موضوع دعوى التطليــق هو عيب فى الرجل لا عيب فى المرأة ، وإذا كان للـــزوج أن ينفى عيبه المرفوعة به دعوى التطليق ، فله أن يوقع الطـــلاق بإرادته المنفردة دون أن يجعل ذلك محل نقاش أمام المحكمـــة .

ثم إن الزوج إذا لم يطلق ، وأراد الدفاع عن نفسه ، بنفـــى مـــا نسبته الزوجة إليه ، فذلك النفى لا يقتضى كشـــف عيـــب فـــى المرأة ، بل ولا يسمح له بذلك ، لأن موضوع دعوى التطليـــق إضراره بها لسوء العشرة أو لغيابه أو حبسه أو عدم إنفاقـــه . والغياب والحبس وعدم الإنفاق وعيبـــه الجنســـى ، أمـــور لا تكشف عيباً فى المرأة . وكذلـــك إضـــراره بزوجتـــه لســـوء العشرة، لأن الضرر هو مسلك من الزوج مخـــالف للشـــرع لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين ، فهو مسلك مـــن الزوج لا من الزوجة ، كإيذائه لها بالقول أو بالفعل .

ولا يعيب الرجل كثيراً أن يثبت أنه كـــانت لـــه زوجـــة طلقها القاضى عليه ، لإضراره بها ضرراً يرجع إلـــى ســـوء عشرته لها ، أو غيابه عنها ، أو حبسه ، أو عدم إنفاقه عليـــها ، فهو ــ مع ذلك كله ــ سيجد من النساء من تقبله زوجاً ، بينمـــا ينفر أكثر الناس من امرأة مطلقة ، لمجرد أنها طُلقـــت ، فمـــا بالك إذا كانت أسباب طلاقها خطأ منها أو عيباً فيها أو عجـــزاً ثبت بمحاضر جلسات القضاء .

سابعاً : ومن الواضح أن القضاء بتعويض عن الطـــلاق، يمثل نوعاً من إكراه الزوج على عدم الطلاق ، خشـــية دفـــع هذا التعويض أو كشف أسرار يحرص على عدم كشفها رعايـــة لأولاده ولحسن أدبه أو غير ذلك . وإكراه الزوج علـــى عـــدم الطلاق ، أو ما يقترب منه يحرم حلالا شرعه الإسلام للـــزوج

لعلاج حياة زوجية خربة . ولا يقال أن الزوج تعهد برضاه بدفع التعويض ، لأن أحكام الزواج والطلاق لا ينظمها رضا الزوجين فى كل شئ ، وإنما ينظمها الشرع ، ولا مجال فيها للاتفاقات الخاصة إلا فى حدود الشرع . ولا يقال إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج ، لأن ذلك فى شرط لا يحرم حلالا ولا يحل حراماً . وإذا كان للزوجة ــ فى الفقه الإسلامى أن تشترط على زوجها مهرين أحدهما مائة مثلاً إن لم يطلقها والآخر مائتين إن طلقها ، فيحكم لها القاضى بالمائتين إن طلقها ، فلا يقاس التعويض عن الطلاق على ذلك، لأن الزوجة فى حالة اشتراط مهرين لها ، تعنى أن مهرها هو المهر الأكبر ولكنها بقبولها المهر الأقل تنازلت عن حقها فى مهر أكبر فى سبيل منفعة لها هى عدم الطلاق ، والمهر حقها وهى وشأنها فى تقديره ، أما فى حالة التعويض فهى لم تتنازل عن حق لها فى مهرها ، وإنما اشترطت الحصول على مال مقابل أمر معين هو عدم الطلاق ، وتنفيذ هذا الأمر ليس من حقها ، فلم يكن هذا المال مقابل حق لها وإنما كان منفعة لها قد تكره الزوج بسببه على تحريم حلال له ، فكان قياس هذا على ذلك قياساً مع الفارق ، ولم يكن هذا التعويض حلالا لها . وأخيراً قد يقال : إن الرجل ــ عند إخلاله بتعهده بالتعويض عند الطلاق ــ قد غرر بزوجته ، فلا أقل من الحكم عليه بالتعويض . والصحيح أن الزوج لم يغرر بزوجته فى هذا

الاتفاق ، لأن الشرع يعطى زوجها الحق فـــى طلاقــها علــى الرغم من وجود هذا الشرط ، فــإذا ظنــت الزوجــة أن هــذا الشرط يمنع زوجها من الطلاق أو يوجب عليه دفع التعويــض عند الطلاق كانت هى التى اغترت بذلك ، ولم يكن هو الــذى غرر بها ، والضمان (أى التعويض) يحكم به عند التغريـو لا عند الاغترار .

ثامناً : لا يوجد نص فى القــرآن ولا الســنة يقضــى بتعويض الطلاق ، بخلاف حقوق المطلقة الأخرى . ولم نسـمع أو نقرأ عن فقيه من فقهاء المسلمين أفتى أو قضــى بتعويـض للطلاق خلاف حقوق المطلقة الشرعية .

من هذا كله ، نخلص إلى أن الحكــم بــإلزام المطلــق بتعويض عن الطلاق مخالف للشريعة الإسلامية ، حتــى لـو تعهد الزوج بدفعه ، وهذا لا يمنــع المطلــق مــن دفــع هــذا التعويض باختياره دون إلزام له ، لأنه من باب " ولا تنســوا الفضل بينكم " ومن باب المتعة التى اســتحب الشــرع دفعـها المطلقة جبراً لوحشه الفراق وتكريماً لها . وللزوجة أن تتفــق ــ عند الزواج ــ على مؤخر كبير للمــهر ، ولــها أن تتفـق على مهرين : مهر كبير يدفع عند طلاقها ، ومهر أقل تسـتحقه إذا لم يطلقها [1] .

---

(١) الأسرة وقانون الأحوال الشخصية ، للأستاذ الدكتور / عبد الناصر ==

واستدل أصحاب القول الثاني بما يلي :

* إن اشتراط المرأة علي زوجها أن يدفع لها مبلغ مقطوع أو راتب دوري يدفعه لها إذا طلقها بغير رضاها ، أمر ليس بغريب على الفقه الإسلامي ، فهو شبيه بعقد المرتب مدى الحياة ، الذي يكون في صورة هبة من حيث ارتباط مدة التبرع بحياة إنسان هو العمري ، فالعمري مأخوذة من العمر ، وصورتها أن يقول شخص لآخر أعمرتك داري هذه ، أو داري لك مدة حياتك ، أو مدة حياتي ، أو مدة حياة زيد وقد وردت في العمري عدة أحاديث [١] .

وقد ذهب معظم الفقهاء إلى عدم صحة المرتب مدى الحياة إذا كان وارداً في عقد معاوضة أو عقد قرض [٢] .

تطبيقاً لقاعدة تأثير الغرر في عقود المعاوضات المالية وبالتالي إذا كان تقرير مرتب مدى الحياة وارداً في عقد من عقود التبرعات يكون صحيحاً في الفقه الإسلامي لأن الغرور لا أثر له في عقود التبرعات ومثل عقود التبرعات في عدم تأثير الغرر عليها ، عقود المعاوضات غير المالية كالزواج والخلع،

-- توفيق العطار ، الناشر / المؤسسة العربية الحديثة ، ص ١٣٩ـ١٤٤ .

(١) منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ١١٨ـ١١٩ .

(٢) ابن عابدين ، جـ ٤ ، ص ٧١٦ ، بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ٣٣١، التحفة واسنى المطالب على روض الطالب ، جـ ٣ ، ص ٥٩ ، المغني، جـ ٥ ، ص ٦٢٥ .

فإن المال فى هذه العقود ليس هو المقصود منها ، فإذا كان فى المهر أو بدل الخلع غرر ينبغى ألا يؤثر فيه فإذا تزوجها أو خالعها على ما تثمره نخلته فالتسمية صحيحة ، لأن الغرر الذى فيها لا يفضى إلى المفسدة التى تحدث من الغرر فى الثمن أو الأجرة ، فإن المتعاقدين فى الزواج وما أشبهه لا يطلبان بالعقد الكسب المالى ، كما هو الشأن فى البيع مثلاً ، فإذا فات على أحدهما من المال ما كان يؤمل ، لا يصيبه ندم إذا كان قد وصل إلى مقصوده الأصلى من العقد لأنه يكون داخلاً من أول الأمر على المكارمة والمسامحة فى الجانب المالى . وبالتالى يكون تقرير مرتب دورى من الزوج لزوجته مدى الحياة أو لمدة معينة جائز لأن الدافع إليه شريف والغرض منه نبيل .

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى حكم لها . بأنه إذا تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ، فإن هذا التعهد ليس فيه مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية ولا النظام العام . لكن هذا التعهد ينتفى الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أتته هى اضطره إلى ذلك . وهذا من الأمور الموضوعية التى تقدرها المحكمة بحسب ظروف كل دعوى وملابساتها (١) .

---

(١) نقض ١٩٤٠/٢/٢٩ فى الطعن ٦٧ لسنة ٩ ق ، مجموعة عمر ، جـ ٣، ص ٨٥ .

وقد تأسس هذا الحكم على الأسباب الآتية :

أولاً : أن حق الزوج المسلم فى الطلاق حق مكروه شرعاً، ويكفى فى بيان كراهيته ما جاء فى الحديث الشريف عن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ إذ قال : " أبعض الحلال إلى الله الطلاق " .. وفيه كفران نعمة الزواج وقطع المودة والرحمة بين الزوجين ، فلا جناح فى التزام الزوج بإرادته واختياره تعويض زوجته عند طلاقها بما يدفع عنها المضرة . وهذا التعويض كثيراً ما يرد فى نفس العقد على صورة جزء مؤجل من الصداق ، يستحق فى أقرب الأجلين : الطلاق أو الوفاة . وليس ما يمنع من الاتفاق عليه بطريقة أو بأخرى . ولا مخالفة فى هذا الاتفاق للقانون أو النظام والآداب العامة .

ثانياً : أباحت الشريعة السمحاء للزوج أن ينزل عن شئ من حقوقه ، كما أجاز الإمام أحمد بن حنبل للزوجة أن تشترط على زوجها ما تراه كفيل براحتها وأوفى بحاجتها . فللزوج شرعاً أن يفوض الطلاق للمرأة ويملكها إياه ، وللزوجة أن ترضى بأقل من مهر مثلها في مقابل ألا يخرجها زوجها من بلدها ، فإن وفى فبها ، وإن لم يف بالشرط فلها مهر مثلها بتمامه .... وعن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال : " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " .. فكيف يعترض على الزوجة إذا هى اشترطت على زوجها أن ينزل إليها عن بعض ماله إذا طلقها ؟

ثالثاً : أبيح فى الخلع أن يأخذ الزوج من زوجته ، العوض المتفق عليه ، مقابل طلاقها ، مهما كانت قيمته ، وسواء أكان هو المتسبب فى الفرقة ، أم الزوجة ، أم هما معاً. فإذا كان للزوج أن يتقاضى من زوجته ثمن فكاكها منها متى ارتضته ، فلا غضاضة فى أن تتقاضى الزوجة من زوجها تعويضاً عن طلاقها متى ارتضاه .

رابعاً : يجوز للشخص أن يتعهد مقدماً بتعويض ضرر يحدثه للغير بعمل يأتيه ، ولو كان هذا العمل مشروعاً . ولا يعترض عليه بأن الالتزام هنا شرط جزائى تابع لالتزام أصلى باطل ، فإن الالتزام بدفع التعويض فى هذه الحالة ، يعتبر التزاماً بدفع تعويض لزوجته إذا طلقها ، فلا يُكَيف هذا الاتفاق على أنه تعهد من الزوج بعدم الطلاق يقترن بشرط جزائى ، بل على أنه التزام أصلى معلق على شرط هو وقوع الطلاق .

خامساً : القول بأن طبيعة هذا الاتفاق تجعله يقيد حرية الزوج فى الطلاق ، إذا ما قامت عنده أسباب خاصة تدعوه إلى ذلك لا يريد كشفها ، وأن كشف هذه الأسباب يفوت حكمة الشريعة الإسلامية والنظام العام فى جعل الطلاق بيد الرجل ، وبالتالى يحد الاتفاق على التعويض من حرية الزوج فى الطلاق ، هذا القول غير مسلم ، لأن افتراض أن الشريعة الإسلامية حين سنت حرية الطلاق كانت تلحظ إعفاء الزوج

من ضرورة الإفضاء بما دعاه إلى الفرقة ، هذا الافتراض لا أثر له فى بحوث الفقهاء . وحتى لو قال به قائل بغير سند معتمد ، فإن المنطق السليم لا يطمئن إليه ، لأن الطلاق حتى أباحه الشارع كعلاج لحالات اجتماعية ، تقديرها ألصق ما يكون بدخائل النفس ، وبالتالى ترك أمرها لوجدان صاحب الشأن وإيمانه بالعقاب والثواب ، وجاءت أحاديث السنة هادية فى هذا ، وفيها كل الغناء . فنبه على أن الطلاق حق مكروه ، وعلى إقامة حكم من أهل الزوج وأخر من أهل الزوجة ، للتوفيق والإصلاح ، إن كان إليه من سبيل ، وإلا فتسريح بإحسان ، فليس إذن من قيود للطلاق ، إلا معان دينية للتثبت فى إجراء له معقبات وفيه تبعات . أما أنها خطر على ستر عيوب العرض أو غيرها ، فقول ينقضه أن الشريعة الغراء قد أباحت فيما أباحت أن تطلب الزوجة الطلاق لعيوب فى زوجها. كذلك أباح المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ للزوجة أن تطلب الفرقة إذا ادعت إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، وبديهى أن بحث ذلك دفعاً ودفاعاً قد يكشف الستر عما يقال إن الشريعة الإسلامية تتطلب ستره من شئون الزوجين . وبالتالى فالقول بمخالفته النظام العام إذا ما اضطر الزوج بدعوى التعويض إلى بيان سبب الطلاق ، إنما جاء تفريعاً عن نظرية أن الشريعة حظرت إذاعة سبب الطلاق ، وهذه النظرية غير مسلم بها . وأصبح

لزاماً احترام مثل هذا الاتفاق .

سادساً : مع التسليم بمشروعية الاتفاق على التعويض عند الطلاق ، فإن الزوجة لا تستحق التعويض بمجرد الطلاق، بل يجب أن لا يكون . وقوعه مترتباً على عمل حصل من جانبها كسوء السلوك أو غيره ، كما يشترط أن يكون قد نالها ضرر من وقوعه ، وهذه مسألة موضوعية تقدرها المحكمة فى كل دعوى حسب ظروفها وملابساتها .

ويرى البعض توفيقاً بين الرأيين أنه يمكن للزوجان أن يتفقا على أن يستقطع مبلغ دورى لحساب الزوجة ولكن لا تستحق إلا إذا طلقت بغير رضاها .

ولهذا الاتفاق شروط :

أولاً : أن يرصد مبلغ من راتب الزوج شهرياً ـ أو يرصد فوراً وذلك لحساب الزوجة .

ثانياً : لا تستحق الزوجة هذا المبلغ إذا طلبت الطلاق برضاها .

ثالثاً : تستحق الزوجة هذا المبلغ إذا طلقها الزوج بغير رضاها.

رابعاً : يحدد الطرفان المبلغ الذى يتفق عليه الزوجان .

خامساً : إذا توقف الزوج فإن هذا المبلغ لا يؤول إلى ورثة الزوجة إلا إذا انتقل إليها المبلغ وأصبح ملكاً لها .

سادساً : أن يقر الزوج أن هذا المبلغ شرعاً للزوجة لا رجوع

فيه طالما تحققت أسبابه .

وخلاصة القول فى بيان الرأى الراجح هو : أن المطلقة لا تستحق تعويضاً عن طلاقها ، حتى لو تعهد زوجها ــ عند الزواج بها أو بعد ذلك ــ بهذا التعويض ، وذلك على أساس أن الطلاق حق الزوج ، ولا يسأل الشخص عن استعمال حقه استعمالاً مشروعاً ، ولو أضر هذا الاستعمال بغيره . ولا يتصور أن يكون فى استعمال الزوج لحقه فى الطلاق خروجاً على المألوف فى مسلك الشخص العادى ، إنما قد يحدث هذا الخروج فيما قد يصاحب الطلاق عند بعض الناس من سب مثلاً ، والسب خطأ يستوجب التعويض ، بصرف النظر عن الطلاق . كذلك لا يجوز البحث عما إذا كان المطلق قد أساء استعمال حقه فى الطلاق ، لأن هذا يعنى أن يسأل المطلق عن مبرر الطلاق ، فنتيح له أن يكشف عيوب المطلقة ، ولن يتورع أكثر المطلقين عن اللغط فى ذلك والاستعانة بشهود الزور ، وكل ذلك لا يجوز . وقد جعلت الشريعة الإسلامية للزوجة ما يغنيها عن طلب التعويض ، وذلك بمؤخر المهر ونفقة العدة والمتعة ، بالإضافة إلى أنه من المقطوع به صعوبة الوصول إلى الحقيقة العارية إزاء تحديد الطرف المسئول عن تدمير الحياة الزوجية بالنسبة للأمور الأدبية التى تخص العلاقة الداخلية للزوجين .

إذ كيف يستطاع مثلاً إثبات امتناع الزوجة عن الوفاء

بحقوق زوجها الأدبية الواجبة عليها قبل زوجها ، ومن المسلم به أن الحقوق الأدبية تمثل جانباً هاماً من تلك الحقوق المتبادلة الناشئة عن عقد الزواج .

و ـ اشتراط الزوجة على زوجها ملكيتها لأثاث منزل الزوجية ويؤول إليها إذا وقع الطلاق بينهما .

عندما يحدث الخلاف بين الزوجين ويزداد استحكام الشقاق والنفور بينهما ولا يكون هناك من سبيل إلا أن يفترقا فإن التنازع والتشاجر بينهما يدور حول ملكية منقولات مسكن الزوجية ومن ينعقد له هذا الحق منهما .

ويثور التساؤل عما إذا كان المشرع الوضعى قد عالج هذه المشكلة عند إصداره للقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

أم أن نصوصه قد خلت من ذلك ، وماذا يكون الحكم فى هذه الحالة .

هل تكون كل منقولات مسكن الزوجية ملكاً خالصاً للزوجة ، أم أنها تكون جميعها للزوج .

أو أن بعضاً من هذه المنقولات يكون للزوجة والبعض الآخر يختص به الزوج .

ثم ما هو المعيار والضابط الذى يتعين إعماله فى هذا الشأن وهل يختلف الحكم فى هذا الأمر بالنسبة للزوجة المسلمة

عنه بالنسبة للمسيحية بحيث ينطبق فى شأن كل منـــهما حكـم يغاير الأخرى ؟

أم أن الحكم يكون واحداً بالنسبة للاثنين ؟

وللإجابة عن هذه الأمور أقول : عرفنا فيما مضـــى أن الشريعة الإسلامية أوجبت المهر على الرجل دون المرأة ، لأن القوامة له عليها بنص الآية الكريمة " الرجال قوامـــون علـى النساء بما فضل الله بعضهم على بعـــض وبمـــا أنفقـــوا مـــن أموالهم" (١) .

وإذا كانت القوامة له عليها ، فيجب عليه أن يقدم لـــــها ما يجعلها ترضى بهذه القوامة عن طيب نفس منـــها وتشـــعر بأنها معززة مكرمة عنده وتحقيقاً لهذه الغاية التى يتمثـــل فيـــها تكريم المرأة والاعتراف بشخصيتها كان الصداق على الـــزوج وحده دون مطالبة الزوجة بشئ لتأثيث بيت الزوجية .

وهذا ما لا يوجد فى النظم التى تجعل المرأة باذلة كأنـــها هى الطالبة للرجل .

وهذا ما ذهب إليه الحنفية فقد قالوا أن كل ما يلزم بيـــت الزوجية واجب على الزوج لأنه من النفقة المكلف بالقيام بـــــها بسبب الزوجية القائمة وهذا هو الرأى الذى أخذ به القضاء(٢).

---

(١) من سورة النساء : الآية (٣٤) .

(٢) رد المحتار على الدر المختار ، جـ ٣ ، ص ٥٨٩ ، فتح القدير ، جـ ٢ ، ص ٤٣٤ .

فالمهر حق للزوجة ، وحق الزوجة فى الحصول على صداقها من زوجها ثابت بالقرآن الكريم .

قال تعالى : " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شئ منه فكلوه هنيئاً مرئياً " [1] . وقال تعالى : " قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم".

فالمهر المفروض للزوجة إنما هو حق خالص لها يثبت بمجرد حصول عقد الزواج بين الزوجين .

والأصل أنه ليس لأحد حق فى شئ منه سواء فى ذلك الزوج أو غيره ، ومن ثم فلا تجبر الزوجة على تجهيز نفسها من مهرها ولا يجبر أبوها على تجهيزها من مالها ولا من مال نفسه .

والمقرر شرعاً أن الزوج هو المكلف بإعداد مسكن الزوجية الذى تقيم معه زوجته فيه ،

كما أن الأصل أن الزوجة لا تجبر على تجهيز مسكن الزوجية بما يحتاجه من منقولات وأدوات وأن الزوج هو الملزم بتوفير هذا المسكن فإنه ملزم أيضاً بتجهيزه بالمنقولات والمحتويات اللازمة للإقامة الزوجية فيه .

وهذا هو ما ينطبق أيضاً فى شأن الزوجة المسيحية حيث نصت المادة (٨٠) من لائحة الأقباط الأرثوذكس

---

(١) من سورة النساء : الآية (٤) .

الصادرة عام ١٩٣٨ م على (أنه لا تجبر المرأة على تجهيز منزل الزوجية من مهرها ولا من غيره) .

بيد أنه قد تقوم الزوجة فى بعض الأحيان بتجهيز نفسها وإعداد ما يحتاجه مسكن الزوجية من منقولات وأدوات من مهرها أو من مال أبيها الخاص فينتفع به الزوجان فى حياتهما المعيشية انتفاعاً كاملاً طيلة المعاشرة الزوجية .

وأن الزوجة إذا قامت هى بإعداده وأقام معها زوجها ، فإن ذلك يكون على سبيل التسامح وتكون إقامة الزوج مع زوجته وانتفاعه بالسكنى فى هذا المسكن إنما هو انتفاع متفرع عن حق زوجته وتابع لها فى استمرارها فيه مادامت قد بقيت هى فيه [١] .

وعلى الرغم من أن القواعد الموضوعية المنظمة للأحوال الشخصية للمسلمين قد خلت من نصوص تتعلق بأحكام الجهاز سوى ما يتعلق بالاختصاص القضائى النوعى والمحلى لهذه المنازعات .

إلا أن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة (٢٠٠٠) بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

تقضى بأن يعمل فيما لم يرد بشأنه نص خاص بأرجح

---

(١) طعن نقض رقم ٢٧٤٠ لسنة ٥٩ قضائية .

الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة وأن الراجح فى هذا المذهب أن الجهاز ليس بواجب على المرأة فلا تجبر عليه وإذا ما جهزت نفسها من مهرها أو من مالها أو مال أبيها كان هذا الجهاز ملكاً لها وحدها وليس للزوج إلا حق الانتفاع به .

ومفاد النصوص التى قررها القضاء فى هذا الشأن : أن الجهاز وهو ما يؤثث به مسكن الزوجية عند بدء الزواج سواء من مهر الزوجية أو من مالها أو من مال أبيها متبرعاً يكون ملكاً لها وحدها ولا حق للزوج فى شئ منه إلا انتفاعاً بل ويتحمل تبعة هلاكه وفيما عدا الجهاز الذى تثبت ملكيته للزوجة .

بالنسبة للزوجة المسيحية فإن لائحة الأقباط الأرثوذكس قد تضمنت أحكاماً فى هذا الصدد لا تختلف فى مضمونها عما هو مقرر فى المذهب الحنفى .

فبعد أن نصت المادة (٨٠) من اللائحة المذكورة على ألا تجبر المرأة على تجهيز منزل الزوجية من مهرها ولا من غيره جاءت المادة (٨٤) لتقرر أن الجهاز ملك المرأة وحدها فلا حق للزوج فى شئ منه وإنما له الانتفاع بما يوضع منه فى بيته وإذا اغتصب شئ منه حال قيام الزوجية أو بعدها فلها مطالبته به أو بقيمته إن هلك أو استهلك عنده .

وذهب المالكية إلى أن الجهاز حق على المرأة بمقدار ما قبضته من المهر على ما تجرى به العادة بين أمثالها فإذا لم

تقبض المهر فلا شئ عليها ما لم يشترط الزوج عليها القيام به أو جرى على ذلك العرف لأن المشروط شرطاً كالمعروف عرفاً [١] . فإذا استحالت المعاشرة الزوجية بين الطرفين (الزوج والزوجة) وثار الخلاف والجدل سواء حال قيام الحياة الزوجية أو عند فسخها حول من يكون له الحق فى ملكية منقولات مسكن الزوجية .

فقد ورد فى وثيقة الزواج الجديدة : (يحق للزوجين أن يتفقا على من تكون له ملكية منقولات منزل الزوجية) ، حيث نصت المادة (٣٣) من قرار السيد المستشار وزير العدل رقم ١٧٢٧ لسنة ٢٠٠٠ على أن يقوم المأذون الشرعى قبل توثيق العقد بتبصير الزوجين أو من ينوب عنهما بما يجوز لهما الاتفاق عليه فى عقد الزواج من شروط خاصة ومنها على سبيل المثال : الاتفاق على من تكون له ملكية منقولات منزل الزوجية . فإذا كان هناك اتفاق على أن منقولات منزل الزوجية ملك للزوجة دون الزوج ، فهذا اتفاق صحيح ويلزم الزوج بالوفاء به ، حتى ولو لم يكن هناك شرط بهذا المضمون مقترن بوثيقة الزواج .

فقد أقام نص المادة (٨٥) قرينة مؤداها أن ما يصلح للنساء عادة فالقول فيه قولها ما لم يثبت الزوج أنه له أما ما

---

(١) حاشية الدسوقى ، جـ ٢ ، ص ٢٢١ .

يصلح للرجال أو كان يصلح لهما معاً فقد افترض المشرع أنه للزوج ما لم تثبت الزوجة أنه لها . وإذا كان الأمر كذلك وكانت الأحكام التى تنطبق فى شأن الزوجة المسلمة لا تختلف فى مضمونها عما يقابلها فى لائحة الأقباط الأرثوذكس بالنسبة للزوجة المسيحية فلا تكون هنا مشكلة .

ومن المعلوم أن تأثيث منزل الزوجية من قبل الزوجة يقترن غالباً بإقرار مكتوب من الزوج بملكية زوجته لهذا الأثاث وهو ما يُعرف عرفاً بقائمة جهاز العروسة .

ولقد جرى العرف على كتابة صيغة هذا الإقرار على اعتبار أن هذا الأثاث يمثل أمانة فى يد الزوج بما يترتب على هذ التكييف من آثار قانونية . ولاشك أن ذلك كاف فى تحديد مصير أثاث بيت الزوجية مما ينتفى معه كل حكمة من النص على هذا الشرط ، طالما لم يوجد بحوزة الزوج سند بملكيته له. ومن المعلوم أن العرف فى مثل تلك الحالة يعتبر مصدراً للقانون ، حيث خلت النصوص التشريعية من الإشارة إلى الحكم فى تلك الحالة ، وذلك هو ما جرى عليه عرف القضاء فى مصر بالنسبة لمثل تلك الحالة .

وعلى فرض عدم كتابة هذا الإقرار ، فإن العرف القضائى قد استقر على اعتبار جهاز الزوجية ملكاً للزوجة .

وبالتالى يكون النص بعد ذلك على مصير أثاث بيت الزوجية عبثاً الواجب يقتضى التنزه عنه . وعلى فرض أن

القصد من هذا الشرط هو تحديد مصير الأثاث الذى لا يكون مدوناً بقائمة جهاز العروس ، فإن الحقيقة تنطق بأنه من المستحيل عملاً وواقعاً الوصول إلى الحقيقة العارية إزاء حصر أثاث منزل الزوجية وبخاصة مع وصول العلاقات الزوجية إلى حافة الهاوية التى يستبيح معها غالباً كل طرف الكذب والتدليس وإخفاء الحقائق مما يغم معه على القاضى الوصول إلى الحقيقة العارية .

وإذا كانت منقولات منزل الزوجية ملك للزوجة لأنها هى التى قامت بشراؤها من مالها ومن مهرها ، وكذلك ما قام الزوج بشراؤه قبل وبعد الزواج والدخول من ماله الخاص .

يمكن الاتفاق بين الزوجين على الآتى :

أ ـ اتفق الزوجان على أن ما قامت الزوجة بشراؤه من منقولات منزل الزوجية سواء كان من مالها أو مهرها وكذلك ما اشتراه لها زوجها كمهر يكون ملك للزوجة .

ب ـ اتفق الزوجان على أن ما قام الزوج بشراؤه بعد الزواج أو الدخول بالزوجة ومن ماله الخاص يكون ملكاً للزوج ويثبت ذلك بفواتير الشراء وتاريخها .

جـ ـ اتفق الزوجان على أن ما قامت الزوجة بشراؤه بعد الزواج والدخول بها من منقولات منزل الزوجية ومن مالها الخاص يكون ملكاً للزوجة ويثبت ذلك بفواتير الشراء وتاريخها.

د ـ اتفق الزوجان على أن الهدايا التى قام الـــزوج بإهدائـــها لزوجته طالما دخل بها وعقد قرانه عليـــها يكـــون ملكـــاً للزوجة ولا يجوز للزوج مطالبة الزوجـــة بـــها إذا حـــدث طلاق . فهذا الاتفاق لا يتعارض إطلاقاً مع قائمة منقـــولات الزوجة التى يوقع عليها الزوج .

القسم الثانى : الشروط الخاصة بنفقة الزوجة[1] :

أ ـ اشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها :

إذا اشترطت المرأة على من يريد الزواج بها أن ينفـــق

---

(١) النفقة فى اللغة : تُطلق على معان شتى ، منها : أنها مأخوذة من النفـــاق بمعنى الرواج ، يُقال : نفقت السلعة (أى راجت) ، ونفقت المرأة : إذ كـــثر خطّابها . وقيل : إنها مشتقة من الإنفاق وهو الإخـــراج ، فتكـــون اســـم مصدر كالإيفاق سواء بسواء .

المصباح المنير ، جـ ٢ ، ص ١٣٥ ، مختـــار الصحـــاح ، ص ٢٥٧ ، طبعة الأميرية القاهرة ، مادة ن ف ق ، فتـــح الوهـــاب بشـــرح منـــهج الطلاب، جـ ٢ ، ص ١١٥ ، طبعة عيسى البابى الحلبى .

وعرّفها الأحناف بأنها : (الإدرار على الشئ بما به بقاؤه) ، أو هـــى (الطعام والكسوة والمسكن) .

البحر الرائق ، جـ ٤ ، ص ١٨٨ ، طبعة دار الكتب ، فتح القدير ، جـــ ٣ ، ص ٣٢١ .

وعند الشافعية هى : (طعـــام مقـــدر لزوجـــة وخادمـــها علـــى زوج ولغيرهما من أصل وفرع ورقيق وحيوان ما يكفيه) .

حاشية الشيخ عبد الله حجازى على تحفة الطلاب ، جـــ ٢ ، ص ٣٤٥ ، طبعة مصطفى البابى الحلبى .

عليها النفقة الشرعية ـ أى الكفاية ـ فهذا شرط شرعى صحيح لأنه من مقتضيات عقد الزواج .

فالشريعة الإسلامية جعلت الإنفاق على الأسرة واجب على الزوج وحده باعتباره المسئول عنها والقادر على الكسب بغير عوائق من حمل أو رضاعة أو حضانة ، فكان فى إلزام الزوج وحده بالإنفاق دون الزوجة ما يتفق مع طبائع الأمور ويضع الحدود التى تساعد على استقرار الأسرة حتى لا يتطلع الزوج من حين إلى آخر إلى مال زوجته ، مما تثور معه المنازعات بينهما . ولا تمنع الشريعة الإسلامية الزوجة من أن تعاون زوجها وتساعده بمالها فى يساره أو فى إعساره أو تشاركه فى مشروع مالى ، على أن يكون ذلك بخالص رضاها ، أو غير متبرعة بأن تقرضه ، بحيث إذا أيسر استردت منه ما أنفقته أو بأن تشاركه فى الربح والخسارة .

والأدلة الفقهية دلت على شرعية هذا الشرط :

فمن القرآن الكريم :

قوله تعالى : " أسكنوهنّ من حيث سكنتم من وُجْدِكُم "[(١)]،
أى على قدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة .

وهذه الآية الكريمة وردت فى حق المطلقات ، وقد أوجب الله تعالى على الأزواج إسكانهنّ وهو من مشتملات

---

(١) من سورة الطلاق : الآية (٦) .

النفقة ، فإذا وجب ذلك للمطلقات أثناء العدة فلمن كن في العصمة أولى [١] .

وقوله تعالى : " وإن كنّ أولات حمل فأنفقوا عليهنّ حتى يضعن حملهنّ " [٢] .

وهذا وإن كان وارداً فى المطلقات ، إلا أنه يدل على وجوب النفقة على الزوجات .

وقوله تعالى : " لينفق ذو سعة من سعته ومن قُدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسرٍ يسرا " [٣] .

فهنا أمر بالإنفاق والأمر للوجوب [٤] .

فلام الأمر حين دخلت على الفعل المضارع (ينفق) حولت معناه إلى الأمر ، فتكون الآية قد أمرت الأزواج بالإنفاق على زوجاتهم ؛ لأن الأمر يفيد الوجوب ، حيث لا قرينة صارفة عنه وليست هناك قرينة تصرفه عن الوجوب . كما أن الآية أوجبت على الفقراء الإنفاق على الزوجات ؛ لأن معنى قدر : ضيق ، فكان إلزام الأغنياء بالإنفاق أولى [٥] .

---

(١) الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبى ، جـ ١ [illegible]

(٢) من سورة الطلاق : الآية (٦) .

(٣) من سورة الطلاقة : الآية (٧) .

(٤) بدائع الصنائع ، جـ ٤ ، ص ١٦ .

(٥) تفسير القرطبى ، جـ ١٨ ، ص ١٨٠ ، طبعة دار الكتب المصرية .

ومن السنة النبوية :

ما رواه جابر أنه صلى الله عليه وسلم قال في حجة الوداع : " ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف " (١) .

فكلمة (على) تفيد الوجوب ، وعلى ذلك تكون النفقة واجبة على الأزواج لزوجاتهم .

وروى أن رجلا جاء إلى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقال : ما حق المرأة على الزوج ، فقال صلى الله عليه وسلم : " يطعمها إذا طعم ، ويكسوها إذا كسى ..." الحديث (٢) .

فالسائل حين سأل هنا عن حق المرأة على زوجها ، أى ما يجب لها عليه ، ذكر له النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ من بين هذه الواجبات النفقة ، فيتقرر بذلك وجوب النفقة عليه.

وما ورد أن هند بنت عتبة امرأة أبى سفيان جاءت إلى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وقالت له : (إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فهل على من جناح ، فقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم : " خذى من ماله

---

(١) صحيح مسلم بشرح الإمام النووى ، جـ ٨ ، ص ١٣٨ ، طبعة حجازى بالقاهرة .

(٢) سنن أبى داود ، جـ ٢ ، ص ٦٠٧ ، طبعة حمص ، دار الحديث .

بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك " [١] .

فقول النبي – صلى الله عليه وسلم – خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك يدل على وجوب نفقة الزوجة على زوجها ؛ لأنها إذا لم تكن واجبة لما أباح لها النبي – صلى الله عليه وسلم – أن تأخذ من ماله شيئا بغير علمه .

وأجمعت الأمة على أن النفقة والكسوة واجبتان للزوجة على زوجها [٢] . وأيد المعقول هذا ؛ لأنه مادامت الزوجة قد تفرغت لواجب الحياة الزوجية ، وحبست نفسها وقصرتها على زوجها ، كان من الواجب عليه أن يقوم بنفقتها ، فإن من كان محبوسا بحق شخص كانت نفقته عليه لعدم تفرغه لحاجة نفسه[٣] .

والنفقة المشترطة هنا تكون على الكفاية أي بالمعروف؛ لأن ما زاد على الكفاية زيادة على المعروف وما نقص عنها ترك له فيكون المعروف هو الكفاية لا غير [٤] .

---

(١) صحيح مسلم ، جـ ١٢ ، ص ٧ .

(٢) نقل هذا الإجماع ابن المنذر بقوله: (أجمع علماء المسلمين قاطبة على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن) . المغني لابن قدامه ، جـ ٧ ، ص ٥٦٤ .

(٣) بدائع الصنائع ، جـ ٤ ، ص ١٥ ، ١٦ ، طبعة الجمالية ، مغني المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٤٣٦ .

(٤) قدرها الشافعية بمد ونصف على متوسط الحال .

فالنفقة تكون بحسب حال الزوج ، وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك وبعض الحنابلة والخصاف من الحنفية [1] .

أما بعض الشافعية وبعض الحنابلة والمالكية فعندهم يعتبر حال الزوجين معا عند فرض نفقة الزوجة ، فإن كانا موسرين فعليه نفقة اليسار ، وإن كانا معسرين فعليه نفقة الإعسار ، وإن كانا متوسطين فلها عليه نفقة المتوسطين . أيهما كان الموسر ، فإن كان الزوج هو المعسر والزوجة موسرة قدر عليه نفقة الوسط ثم ينفق بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ينظر به إلى ميسرته [2] .

واستدل الأولون بما يلى :

لقوله تعالى : " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " .

فالله سبحانه وتعالى حين أوجب على المولود له وهو الزوج نفقة زوجته لم يضع لها مقدارا محددا بل قيدها بالمعروف ، وليس من المعروف أن تعطى المرأة نفقة لا تكفيها لتضررها بذلك ، وليس من المعروف أن تعطى فوق

= وقدرها الحنابلة برطلين من الخبز فى كل يوم فى حق الموسر والمعسر على السواء . (الأم ، جـ ٥، ص ١٦١ ، المغنى ، جـ ٧ ، ص ٥٦٥)

(١) سنن أبى داود ، جـ ١ ، ص ٣٠٠ ، طبعة مصطفى محمد ، بالقاهرة

(٢) بدائع الصنائع ، جـ ٤ ، ص ٢٤ ، المبسوط ، جـ ٥ ، ص ١٢ المغنى ، جـ ٩ ، ص ٢٣٠ .

كفايتها ، إذ فى ذلك سرف وهو ممقوت .

وأيضا قول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ لهند زوجة أبى سفيان : " خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف " ليس فيه تقدير للنفقة وإنما تركها للمعروف ، والمعروف المستقر فى العقول هو تقديرها تقديرا محددا حسب الحال وهذا التقدير مجاله الاجتهاد [1] . ولأن المرأة حبست من أجل الرجل فكان عليه كفايتها مثل القاضى والمفتى .

كما يمكن قياس نفقة الزوجة على نفقة الأقارب بجامع أن كلا نفقة واجبة ، ونفقة الأقارب غير مقدرة بمقدار معين بل على الكفاية فيكون الأمر هنا كذلك [2] .

واستدل الآخرون على أن النفقة مقدرة [3] بقوله تعال : لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله [4]

فالحق تبارك وتعالى أوجب النفقة على الموسر

---

(١) الأم ، جـ ٥ ، ص ١٦١ .

(٢) بدائع الصنائع ، جـ ٤ ، ص ٢٣ .

ويراجع : جواهر الإكليل ، جـ ١ ، ص ٤٠٢ ، دار المعارف ، بيروت، نهاية المحتاج للرملى ، جـ ٧ ، ص ١٨٨ .

(٣) نهاية المحتاج ، جـ ٧ ، ص ١٨٨ ، الأم ، جـ ٥ ، ص ١٦١ ، طبعة دار الشعب . والمغنى ، جـ ٧ ، ص ٥٦٥ .

(٤) من سورة الطلاق : الآية (٧) .

والمعسر وفرق بينهما بحسب السعة ، فوجب الرجوع فيه إلى الاجتهاد .

ويرد هذا الاستدلال لأن ما فى هذه الآية ينصرف إلى الذى عنده السعة بالإنفاق على قدر سعته مطلقا عن التقدير بالوزن أو نحوه ، فكان التقدير به تقييدا لمطلق فلا يجوز إلا بدليل ولا دليل .

وأرى أن نفقة الزوجة تكون بحسب حال الزوج ؛ لأن المرأة حينما زوجت نفسها من معسر قد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستحق على زوجها ما يزيد عن طاقته .

ب ـ اشتراط الزوجة على زوجها أن يكون لها وحدها حق الانتفاع بمسكن الزوجية فى حالتى الطلاق والوفاة :

هذا الشرط يثير أكثر من سؤال يحتاج إلى إجابة :

- هل هذا الاتفاق يختلف تنفيذه فى حالة الطلاق عن حالة الوفاة .
- وهل تنفيذه فى حالة الوفاة يصطدم مع قانون الميراث .
- وهل يختلف الحال من الزوجة التى تنجب عن التى لا تنجب .
- وهل يختلف الأمر إذا كانت الشقة إيجار أم تمليك .
- وهل يختلف الحال إذا كانت الشقة باسم الزوج أو باسم الزوجة.
- وهل المقصود انتفاع الزوجة الحاضنة أم غير الحاضنة .

- وهل المقصود انتفاع الزوجة بالمسكن فترة العدة فقط أم فى غير فترة العدة .
- كما يمكن أن تتضمن وثيقة الزواج الجديدة ، إذا كانت الشقة باسم الزوج أحد الشروط الآتية :

١ــ اتفق الزوجان على أنه إذا توفى الزوج فيكون من حق الزوجة أن تنتفع بمسكن الزوجة ، سواء كان إيجارا أم تمليكا إلى حين أن تتزوج .

٢ــ إذا قام الزوج بطلاق الزوجة دون رضاها يكون من حق الزوجة الإقامة فى الشقة إلى أن تتزوج من رجل آخر ويسرى ذلك سواء أنجبت الزوجة من الزوج أم لا .

وللإجابة عن هذه التساؤلات أقول :

أولا : أجمع فقهاء المسلمين على أن الأنوثة ضعف ، ومن ثم فمن المعلوم من الدين بالضرورة أن الإسلام يوجب صلة الأرحام . وبناء على ذلك ، فالراجح فى الفقه الإسلامى أن نفقة الأنثى وكسوتها وسكناها على غيرها ، طول عمرها ، ما لم يكن لديها مال يكفيها وكانت غير متزوجة ، فالأنثى إذا كانت متزوجة ، كان على زوجها نفقتها وكسوتها وسكناها حتى لو كانت موسرة ولها مال يكفيها ، وفقا لأحكام النفقة الزوجية .

وإذا لم تكن الأنثى متزوجة ، صغيرة أو كبيرة ، مطلقة أو أرملة ، كان على أبيها وإلا فعلى الموسر الأقرب من

أقاربها ، الإنفاق عليها وكسوتها ، فإن لم يكن لها قريب موسر فنفقتها من بيت المال ، وعلى ذلك لن تضيع أنثى في الإسلام[١] .

وبالتالى ، فهذا الشرط لا ضرورة لوجوده خاصة إذا ورد على صورته المطلقة والتى تثير تساؤلات كثيرة كما هو مذكور للأسباب الآتية :

- أن الفقه الإسلامى المستمد من الشريعة الإسلامية العظيمة الشاملة الوافية الصالحة للتطبيق فى كل زمان ومكان قد أعطى لكل ذى حق حقه ، كما يلى :
- إذا كان الزوج بدافع منه أو بناء على تحقيق رغبة زوجته يرغب فى تغيير القواعد الفقهية المستقرة الخاصة بمسكن الزوجية فيمكنه التنازل عن ما يريد من أملاكه وخاصة شقة الزوجية فيستطيع الزوج أن يكتبها باسم زوجته مقدما سواء إيجارا أو تمليكا وتستطيع الزوجة كذلك. فهذا تنظيم شخصى متروك لهما إن أرادا الأخذ به فمرحبا بالتنفيذ مقدما عن طيب خاطر .
- أما إذا لم يفعلا ذلك ، فكما قلت : الشريعة الإسلامية أعطت كل امرأة حقها فى السكنى كما يلى :

---

(١) الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، أ . د . / عبد الناصر توفيق العطار، ص ١٥٩ .

من المعلوم أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م قد فـرق بين المطلقة غير الحاضنة والمطلقة الحاضنة .

- ففى الحالة الأولى : لم يلزم القانون المطلق بتهيئة مسكن للمطلقة بحسب أن علاقتها قد انتهت بمن كان زوجا لها ، فضلا عن أن نفقتها بعد الطلاق تكون على نفسها أو على وليها بحسب الأحوال عدا نفقة العدة .
- وفى الحالة الثانية : ألزم القانون المطلق بتهيئة مسكن للحاضنة متمثلا فى مسكن إقامتها قبل الطلاق إن كان مؤجرا أو تهيئة مسكن آخر يؤجره المطلق .

ثم حكمت المحكمة الدستورية العليا ، فى جلستها بتاريخ ٦ يناير سنة ١٩٩٦ م فى القضية رقم (٥) لسنة ٨ قضائية (دستورية) بعدم دستورية المادة (١٠) مكررا ثالثا المضافة لقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م فيما نصت عليه من إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم، ولو كان لهم مال حاضر يكفى لسكناهم لمخالفتها لنص المادتين الثانية والرابعة والثلاثين من الدستور .

والسؤال الذى يطرح نفسه هنا : ما الفرق بين نص الفقرة الثالثة من المادة (١٨) مكرر المحكوم بعدم دستوريته (على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب ، فإذا لم يفعل خلال فترة العدة استمروا فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة.

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر ، كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة . ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقرر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها .

فإذا انتهت مدة الحضانة ، فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه الاحتفاظ به قانونا .

وللنيابة أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها) .

ونص المثال المضروب فى قرار وزير العدل رقم ١٧٢٧ لسنة ٢٠٠٠ :

ب ــ الاتفاق على من يكون له حق الانتفاع وحده بمسكن الزوجية فى حالتى الطلاق أو الوفاة .

إن واضع النص فى قرار وزير العدل يريد الالتفاف حول نص حكم المحكمة الدستورية الصادر فى يناير سنة ١٩٩٦ والذى قضى بعدم دستورية نص المادة (١٨) مكرر من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م الخاص بمسكن الزوجية. فهذا الحكم واضح وصريح وغير قاصر.

أما بالنسبة لحق المطلقة والمتوفى عنها زوجها فى السكنى فى الفقه الإسلامى فهو كما يلى :

أولا : من حق الزوجة المتوفى عنها زوجها أو المطلقة

الانتفاع بمسكن الزوجية أثناء فترة العدة [١] .

من الثابت فى الفقه الإسلامى أن الزوجة فى أثناء فترة العدة سواء كانت متوفى عنها زوجها أم مطلقة ، وسواء كانت حاضنة أم غير حاضنة ، يجب أن تستمر فى منزل الزوجية مدة ما تحسب إما بالحمل أو بالقروء أو بالشهور ، وتعتبر الزوجية خلال هذه المدة قائمة حكما ، ومن ثم فالزوج حال حياته أو ورثته بعد وفاته ملتزمون بتوفير المسكن لزوجته السابقة خلال هذه الفترة .

وحق السكنى قد يكون للمعتدة من وفاة أو معتدة من طلاق .

سكنى المعتدة عن وفاة :

إذا توفى الزوج ولزمت الزوجة العدة فهل لها السكنى فى مال زوجها المتوفى فترة عدتها أم لا حق لها سوى

---

(١) العدة من الآثار المترتبة على الفرقة بين الزوجين ، وقد شرعت للتثبت من براءة رحم الزوجة من الحمل حتى لا تختلط الأنساب ، ولإعطاء الزوج فى الطلاق الرجعي فرصة مراجعة زوجته إن قصد الإصلاح ، وللإحداد على الزوج المتوفى ، فيمن توفى عنها ؛ لأنه ليس من المقبول شرعا أو عرفا أن يموت عن المرأة زوجها فتتزوج من غيره على الفور أو بعد فترة قصيرة تحسب بالأيام وتختلف العدة فى المرأة باختلاف صورة الفراق وحالة المرأة عنده .

فى أحكام الأسرة ــ دراسة مقارنة ــ الزواج والفرقة ، أ . د . / محمد بلتاجى ، طبعة دار التقوى ، ١٤٢١ هـ ــ ٢٠٠١ م ، ص ٥٢٤ .

الميراث ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك :

فذهب المالكية والشافعية فى أرجح الأقوال وبعض الحنابلة ورأى للزيدية [1] إلى أن لها السكنى سواء كانت حائلا أو حاملا .

واستدلوا من الكتاب :

بقوله تعالى : " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج " [2] .

هذه الآية الكريمة وإن كان قد نسخ منها استمرار النفقة والكسوة حولا ، فالسكنى حكمها باق مدة العدة [3] .

وقد روى عن الشافعى أنه قال : حفظت عمن أرضى به من أهل العلم أن نفقة المتوفى عنها وكسوتها حولا منسوخة بآية المواريث ، ولم أعلم مخالفا فيما وضعت من نسخ نفقة المتوفى عنها وكسوتها سنة وأقل من سنة ، ثم احتمل سكناها إذا كان مذكورا مع نفقتها أن يقع عليه اسم المتاع منسوخا فى

---

(١) حاشية الدسوقى ، جـ ٢ ، ص ٥١٥ ، الأم ، جـ ٥ ، ص ٢٠٨ ، أحكام القرآن ، لابن عربى ، جـ ١ ، ص ٨٨ ، نيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ٣٠٠ ، الانصاف ، للمرادى ، جـ ٣ ، ص ٣٦٨ ، البحر الزخار ، جـ ٣ ، ص ٢٧٦ .

(٢) من سورة البقرة : الآية (٢٤٠) .

(٣) المغنى ، جـ ٩ ، ص ١٧٢ .

السنة وأقل منها كالنفقة والكسوة ، واحتمل أن يكون نسخ في السنة أثبت ، وأثبت في عدة المتوفى عنها حتى تنقضي بآخر هذه الآية ، يعني قوله تعالى (غير إخراج) ، وأن تكون داخلة في جملة المعتدات ، فإن الله يقول في المطلقات : " لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة"، فلما فرض الله للمعتدة من الطلاق السكنى ، وكانت المعتدة من وفاة في معناها احتمل أن يجعل لها السكنى ، لأنها في معنى المعتدات [١] .

ومن السنة النبوية :

حديث الفريحة بنت مالك ، فقد روت أنه لما توفى زوجها وأخبرت بذلك النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ وأرادت التحول إلى أهلها وأخوتها في بني خدرة ، قال لها النبي ــ صلى الله عليه وسلم : " امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله" قالت : (فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا) [٢] .

فالنبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ أمرها بالمكث في البيت الذي كانت فيه وقت الوفاة ، وقد أخبرته بأنه لا بيت لزوجها ، فيدل على وجوب سكناها في بيت زوجها من باب

---

(١) الأم ، جـ ٥، ص ٢٠٨ ، الروض النظير ، جـ ٤ ، ص ١٢٣ ،١٢٤.

(٢) وقالت : فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلى فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به .

سنن الدارقطني ، جـ ٤ ، ص ٢١ ، طبعة المدينة المنورة .

أولى .

كما أن أمره صلى الله عليه وسلم بالمكث تأكيد على أن الخيار الذى كان للمرأة المتوفى عنها زوجها بالخروج من بيتها أو بقائها فيه قد نسخ بقوله تعالى : " والذين يتوفون ويذرون أزولجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف والله بما تعملون خبير " .

وذهب الأحناف والشافعية وبعض الحنابلة والظاهرية[1] إلى أن الزوجة لا سكنى لها على زوجها المتوفى .

واستدلوا بما يلى :

من الكتاب :

قوله تعالى : " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجها وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج " [2] .

فنسخ ذلك بآية الميراث بما فرض الله لهن من الربع والثمن ، ونسخ أجل الحول بأن جعل أجلها أربعة أشهر وعشرا فى الآية الكريمة : " والذين يتوفون منكم ويذرون

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، جـ ٤، ص ٩، المهذب ، جـ ٢ ، ص١٦٥ .

وذهب بعض الحنابلة إلى أن الزوجة إن كانت حاملا فلها النفقة لأنها حامل من زوجها فوجبت لها النفقة كالمفارقة له فى حياته .

المغنى ، جـ ٧ ، ص ٦٠٧ ، المحلى ، جـ ١٠ ، ص ١٠٣ .

(٢) من سورة البقرة : الآية (٢٤٠) .

أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشــــهر وعشــرا "[1] ، فقــد أوجبت الآية التربص بالنص ولم تلزم بالسكنى . وعليه ، تعتــد المتوفى عنها زوجها حيث شاءت ويكــون المــراد بــالتربص التربص عن النكاح .

ومن السنة النبوية :

حديث فاطمة بنت قيس أن النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال : " إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجــها عليــها الرجعة " . فقد قصر الحديث الســكنى للمعتــدة عــن طــلاق رجعى[2] .

ومن المعقول :

أن المسكن الذى تركه المتوفى إما أن يكون ملكاً لــــه أو ملكاً لغيره . فإن كان ملكاً لغيره أو مســتأجراً أو معــاراً فقــد بطل العقد بموته فلا يحل لأحد سكناه إلا بإذن صاحبـــه . وإن كان ملكاً للمتوفى فقد صار للغرباء أو للورثـــة أو للأوصيــاء وليس للزوجة إلا ميراثها .

لأن السكن من آثار عقد الزواج ، وعقــد الــزواج قــد انقطع بالموت ، وحتى لو كانت حامل فنفقة الحامل إنمـــا هــى للحمل أو من أجله ، ولا يلزم ذلك الورثة ؛ لأنه إن كان للميــت مال فنفقة الحمل من نصيبه من ذلك المـــال وإلا فنفقتــه علـــى

---

(١) من سورة البقرة : الآية (٢٣٤) .

(٢) صحيح مسلم ، جـ ١٠ ، ص ١٠٠ .

القريب أو من بيت مال المسلمين .

وأيضا لأن السكنى للزوجة مقابل التمكين وقد فات ، ولأنها محبوسة من أجل الشرع لا للزوج فلا نفقة لها .

وأرى وجوب نفقة السكنى للمتوفى عنها زوجها ؛ لأنها معتدة من نكاح صحيح ، فوجب لها السكنى كالمطلقة .

سكنى المعتدة من طلاق :

المعتدة من طلاق قد تكون معتدة من طلاق رجعي ، وقد تكون معتدة من طلاق بائن . وأشير هنا إلى حكم كل منهما .

أ ـ سكنى المعتدة عن طلاق رجعي :

اتفق الفقهاء على أن للمعتدة من طلاق رجعي حق السكنى حتى تنتهي مدتها لقوله تعالى : " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم "[1] .

فلا خلاف في أن هذه الآية تتناول المطلقة رجعيا ، لأنها تعتبر زوجة من كل وجه ، حيث يلحقها الطلاق ، كما يجرى التوارث بينها وبين زوجها . ذلك أن ملك النكاح قائم فحالها حال الزوجة ، ولما كانت السكنى تجب للزوجة بالإجماع فكذلك المطلقة رجعيا .

والسكنى تثبت للمطلقة رجعيا إذا لم تكن ناشز ، سواء

---

(١) من سورة الطلاق : الآية (٦) .

أكان نشوزها قبل وجوب العدة أم بعد وجوبها . فالزوجة الناشز لا سكنى لها إلا إذا رجعت إلى الطاعة ، فإن حق السكنى يعود إليها .

ويترتب على ذلك : أنها إن أقامت بمسكن الزوجية وهى ناشز فعليها أجرته إن كان مستأجرا ، وإن كان المسكن للزوج فيرجع عليها بأجرة المسكن .

ب ـ سكنى المعتدة من طلاق بائن :

والمعتدة من طلاق بائن قد تكون حاملا أو غير حامل.

◆ فإن كانت حاملا : فقد أجمع جمهور الفقهاء [1] على وجوب السكنى لها ولم يشذ عنهم سوى الظاهرية والزيدية والإباضية [2] .

واستدلوا على ذلك :

بقوله تعالى : " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن " [3] .

فقد أطلق الله تعالى السكنى لكل مطلقة من غير تقييد فكانت حقا لهن .

---

(١) المبسوط ، جـ ٥ ، ص ٢٠١ ، المدونة ، جـ ٢ ، ص ١٠٨ ، الأم ، جـ ٥ ، ص ٢١٩ ، المغنى ، جـ ٩ ، ص ٢٨٨ .

(٢) المحلى ، جـ ١٠ ، ص ٢٨٢ ، مسألة ٢٠٠٤ .

(٣) من سورة الطلاق : الآية (٦) .

ولو أراد سبحانه غير ذلك لقيد النص كما فعل في النفقة، إذ قيدها بالحمل في قوله تعالى : " وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن " (١) .

وهذا الدليل قال به من يوجب النفقة لغير الحامل أيضا.

كما أن الحمل ولدة فيلزمه الإنفاق عليه ، ولا يتمكن من الإنفاق عليه إلا بالنفقة عليها ، فوجب كما وجبت أجرة الرضاع(٢) .

ويرى الإمام ابن حزم أن قوله تعالى : " أسكنوهن من حيث سكنتم " حكم خاص بالرجعيات فقط ، وذلك لأن لقوله تعالى قبل هذه الآية هو : " لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا " ، وقوله تعالى : " فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف " في الرجعيات باتفاق ، فتكون آية السكنى كذلك ؛ لأن الله سبحانه وتعالى ذكر في هذه الآيات أحكاما متلازمة لا ينفك بعضها عن بعض .

ويمكن رد هذا الدليل بأن المطلقة رجعيا تجب نفقتها سواء كانت حاملا أو حائلا ، فلو كانت الآيات واردة في شأنها لما ورد التنصيص على نفقة الحامل ، كما أنه لا دليل على التخصيص في السكنى .

---

(١) الأم ، جـ ٥ ، ص ٢١٩ .

(٢) المغنى ، جـ ٩ ، ص ٢٨٨ .

وأرى ترجيح رأى الجمهور لقوة أدلتهم .

ب ــ أما إذا لم تكن المعتدة من طلاق بائن حاملا :

فيرى الأحناف والمالكية والشافعية وأحمد بن حنبل فى رواية [1] أن لها السكنى ، ورأيهم هذا هو رأى عمر بن الخطاب ــ رضى الله عنه ــ وابن مسعود وابن عمر والسيدة عائشة ــ رضى الله عنهم .

واستدل أصحاب هذا الرأى :

من الكتاب :

بقول الله تعالى : " أسكنوهن من حيث سكنتم " [2] .

فأمره تعالى بالسكنى للمطلقات البائنات مطلقا بخلاف النفقة التى قيدها القرآن بالحمل فى قوله تعالى : " وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن " .

فهذه الآية تخص البائنات ؛ لأن الرجعيات لهن النفقة مطلقا سواء كن حاملات أم لا .

ويقول ابن العربى : (إن الله سبحانه وتعالى لما ذكر السكنى أطلقها لكل مطلقة ، فلما ذكر النفقة قيدها بالحمل، فدل

---

(١) المدونة ، جـ ٢ ، ص ١٠٨ ، شرح الخرشى ، جـ ٤ ، ص ١٩٢ ، أحكام القرآن ، لابن العربى ، جـ ١ ، ص ٢٦٩ ، الأم ، جـ ٥ ، ص ٢١٧ ، ٢١٩ ، نهاية المحتاج ، جـ ٦ ، ص ٢٦٧ ، المغنى ، جـ ٩ ، ص ٢٨٨ .

(٢) من سورة الطلاق : الآية (٦) .

على أن المطلقة البائن لا نفقة لها ، ولها السكنى) .

ويقول أيضا : (جعل الله للمطلقة المعتدة السكنى فرضا واجبا وحقا لازما هو لله سبحانه وتعالى لا يجوز للزوج أن يمسكه عنها ولا يجوز لها أن تسقطه عن الزوج) [1] .

(فلكل مطلقة السكنى كان الطلاق واحدا أو ثلاثة) .

ومن السنة النبوية :

ما رواه مالك ــ رضى الله عنه ــ من حديث فاطمة بنت قيس إلى رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ من أن زوجها طلقها وكان أنفق عليها نفقة ، فلما رأت ذلك قالت : والله لأعلمن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ فإن كان لى نفقة أخذت الذى يصلحنى وإن لم تكن لى نفقة لم آخذ منه شيئا، قالت : فذكرت ذلك لرسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ فقال لها : " ليس لك عليه نفقة " ، وأمرها أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم . ولم يذكر فى هذه الرواية إسقاط السكنى فبقى على عمومه كما فى قوله تعالى : "أسكنوهن من حيث سكنتم"[2] .

فهنا نجد أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قد نفى استحقاقها النفقة دون السكنى ، فدل ذلك على وجوب

(١) أحكام القرآن ، لابن العربى ، جـ ١ ، ص ٢٦٩ .

(٢) صحيح مسلم ، جـ ١٠، ص ١٠٠، تحفة الأحوزى ، جـ ٤، ص٣٥ .

سكناها .

وذهب الحنابلة والظاهرية [1] إلى أنه لا سكنى للمعتـــدة من طلاق بائن وليست حاملا .

واستدلوا من السنة : بما روى من حديث فاطمة بنـــت قيس ، وأن النبى قال لها : " لا نفقة لك ولا سكنى " .

واعترض على هـــذا الدليـــل : بأنـــه لا يقـــوى علـــى الاحتجاج به لما جاء فى صحيح مسلم عن أبى اسحاق أنه قـال: كنت مع الأسود بن يزيد جالسا فى المســـجد الأعظـــم ومعنـــا الشعبى ، فحدث الشعبى بحديث فاطمة بنت قيس أن رســـول الله ـــ صلى الله عليه وسلم ـــ لم يجعل لها سكنى ولا نفقة ، فـــأخذ الأسود كفا من حصا فحصبه به ، وقال ويلـــك أتحـــدث بمثـــل هذا؟ قال عمر : لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امــــرأة لا ندرى أحفظت أم نسيت ، لها السكنى والنفقة . قال تعـــالى : "لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة".

فهنا نجد أن عمر ـــ رضى الله عنـــه ـــ قـــد أخـــبر أن كتاب الله وسنة رسول الله ـــ صلى الله عليه وسلم يثبتـــان لـــها النفقة والسكنى [2] .

---

(١) المغنى ، جـ ٩ ، ص ٢٨٨ ، المحلى ، جـــ ١٠ ، ص ٢٨٢ ، نيـل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ٣٠٣ .

(٢) فتح القدير ، جـ ٣ ، ص ٣٤٠ ، سبل السلام ، جـــ ٣ ، ص ١٩٩ ، فتح البارى ، لابن حجر ، جـ ٩ ، ص ٣٨٩ .

سكنى المطلقة الحاضنة :

يجب أن تستمر المطلقة فى هذه الحالة فى منزل الزوجية ، لقوله تعالى : " لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله " (١) .

فوجود المطلقة وبقاؤها فى بيت الزوجية أمر لازم لوجود نص فى القرآن .

ومن المعقول :

لاشك أن إخراج الزوج لمطلقته من مسكن الزوجية مخالف لمكارم الأخلاق ، ولأنه لا يليق بالرجل ذى المروءة أن ينهى علاقته بأم أولاده بطردها من مكان نشأة الزوجية .

وإذا كان الفقهاء قد تكلموا عن المتعة باعتبارها مقابلا ماليا يدفعه الزوج لمطلقته عند الفرقة ، فإنه فى ظروف هذه الحاضنة يمكن أن يكون أفضل أنواع المتعة التى هى حق على المتقين والمحسنين أن يوفر للمطلقة وأولادها المحضونين مسكنا ملائما مدة الحضانة ، طالما أنها لم تتزوج ، فإذا تزوجت انتقل حق سكناها إلى عاتق زوجها الجديد وتبقى سكنى الأولاد معها إن ظلوا فى حضانتها وينتقل واجب إسكانهم إلى أبيهم إذا انتقلوا من حضانتها إلى حضانة أخرى حسب الترتيب الشرعى للحضانة .

---

(١) من سورة الطلاق : الآية (١) .

سكنى المطلقة غير الحاضنة :

فالمطلقة غير الحاضنة إما أن تتزوج من بعد أو لا تتزوج ، ولا مشكلة فى الحالة الأخيرة حيث تعود غالبا إلى بيت أهلها . أما فى الحالة الأولى فإن زوجها الجديد هو المكلف بتدبير مسكن الزوجية .

فلو اتفق على أن يكون المسكن للزوجة وحدها حق الانتفاع به وتم الطلاق :

ــ فلاشك أن سلب حيازة المطلق لمسكنه طبقا لما اتفق عليه سيوقع المطلق فى حرج بالغ من أجل الحصول على مسكن يأويه ويبنى فى ظلاله حياته الزوجية من جديد ، فى الوقت الذى تكون فيه المطلقة غير الحاضنة حائزة لمنزل الزوجية القديم ، فضلا عما هيأه لها الزوج الجديد من مسكن.

ــ فهل بذلك تتحقق العدالة ؟ أم أن ذلك سيعطى المطلقة غير الحاضنة من دلائل القوة ما يجعلها تعصف بالحياة الزوجية عندما يخيل لها غرور القوة بذلك الاتفاق أنها آمنة على مستقبلها ؟ ثم هل نأمن شعور المطلق فى تلك الحالة مهما كانت الضمانات القانونية لمطلقته ؟

إن أى اتفاق يتعلق بهذا الموضوع يمثل تعويضا مستترا. وقد سبق بيان حكم هذا التعويض بالتفصيل .

ورغم ذلك واحتراما للشرط أرى أن اشتراط الزوجة سكنى منزل الزوجية وحدها، وأن يكون لها حق الانتفاع به

فى حالة الطلاق ، اشتراط صحيح ويلزم به الزوج إذ أقر بـــه فى الوثيقة وتوافرت فيه الأهلية اللازمة لهذا التصرف .

وكذلك إذا اشترطت الانتفاع به فى حالة الوفـــاة ، فـلا يمنع انتفاعها به من انتقال الملكية إلى الورثة مـــع بقـــاء حـــق الانتفاع للزوجة طبقا للشرط ، ويأخذ الانتفاع منها هنـــا حكـــم الوصية بالمنافع .

المبحث الثانى
الشروط غير الصحيحة فى عقد الزواج
باتفاق الفقهاء

تمهيـد :

من الثابت والمؤكد أن الشريعة الإسلامية لا تمانع فـــى اشتراط المرأة أو الرجل فى عقد الزواج ما يرى كل منهما أنــه يحقق له توفير الأمن والاستقرار لحياته الزوجية مادام أن هــذا الشرط لا يتنافى مع مبادئ الشريعة العامة وما قصده الشـــارع من تشريع الزواج .

لكن إذا كان الشرط يخل بمقصود النكاح أو يتنافى مـــع مبدأ أساسى من مبادئ الشريعة ، فإنــــه لا يصـــح اشــتراطه والالتزام به .

فكل شرط يخرج عقد الزواج عن تحقيق الهدف المنشود منه يعتبر فاسد وغير صحيح .

فالشروط الفاسدة هى التى تكون على خـــلاف الأنـــواع الأربعة السابقة عند الحديث عن الشروط الصحيحة .

فالشرط غير الصحيح هو الشرط الذى لا يقتضيه العقـــد ولا يكون ملائماً له ولم يرد فى الشرع الحكيم ما يؤيـــده ولـــم يجر به عرف .

وفى نفس الوقت يتنافى مع ما قصده الشارع من دوام العشرة والشعور بالاستقرار والأمن فى الحياة الزوجية .

وأشير فيما يلى إلى الشروط غير الصحيحة باتفاق الفقهاء فى ثلاثة مطالب كما يلى :

المطلب الأول : الشروط التى تناقض مقتضى عقد الزواج .

المطلب الثانى : الشروط التى نهى الشارع عنها .

المطلب الثالث : أثر اشتراط شروط غير صحيحة فى عقد الزواج .

المطلب الأول

الشروط التي تناقض مقتضى عقد الزواج

اتفق جمهور الفقهاء على أن الشروط التي تقترن بعقد الزواج وتناقض مقتضاه وتنافي مقاصده أو تؤدي إلى مجرد الإخلال بهذه المقاصد الأساسية تعتبر شروطاً فاسدة ، ومن ثم فلا يجب مراعاتها ولا يصح العمل بها .

وأشير فيما يلي إلى هذه الشروط في فرعين .

الفرع الأول

الشروط التي يشترطها الزوج وتخالف مقتضى عقد الزواج

أ ـ اشتراط الزوج على الزوجة ألا يكون لها مهر :

إذا اقترن عقد الزواج بمثل هذا الشرط فإنه يكون شرط باطل باتفاق الفقهاء ، وذلك لمناقضته لمقتضى عقد الزواج .

وقد يعتقد البعض أن دفع المهر للمرأة ليس ركناً ولا شرطاً في عقد الزواج ، ومن ثم يكون هذا الشرط صحيح .

ويمكن رد ذلك بأن دفع المهر للمرأة في عقد الزواج يعتبر باتفاق الفقهاء حكماً من أحكامه وملزم للزوج كأثر من آثاره [1] .

---

(١) المقنع ، جـ ٣ ، ص ٤٩ ، الروض المربع ، جـ ٣ ، ص ٩٠ .

لأنه لما كان عقد الزواج من العقود التي تقوم على الرحمة والمودة وتجمع بين نفسين على أساس من الإخاء والتعاطف ، كان من اللازم أن يقدم الزوج لزوجته ما يرمز لحياتهما المستقبلة ، وما يوحي بحسن نيته نحوها ويثبت إخلاصه لها ، خاصة وأن عقد الزواج قد ملّك الزوج قوامة على زوجته ، وحبسها لتمتعه ، فكان من الحسن أن يقابل الرجل كل هذا بما يطمئن الزوجة ، ويجبر خاطرها حتى تشعر أنها محل الرعاية منه وتحس بأنها موضع العناية عنده فكانت شرعية المهر تكريماً للزوجة من زوجها وإشعاراً لها وله بخطر الزواج ، وقوة منزلته في نفس كل من الزوجين كما أن فيه إعانة للزوجة على إعداد أثاث بيت الزوجية الذي تقوم به عرفاً (١) .

وبالنسبة للأثر المترتب على خلو عقد الزواج من المهر، فالحال لا يخلو إما أن يكون انعقاد عقد الزواج بدون تسمية المهر نتيجة لاشتراط الزوج على زوجته ألا يكون لها مهر أو بدون اشتراط الزوج هذا الشرط .

فإن تم إبرام عقد الزواج بدون تسمية المهر وبدون اشتراط من الزوج فإن العقد صحيح ولازم عند الفقهاء (٢) .

---

(١) أحكام الزواج والطلاق في الإسلام ، أ . / بدران أبو العينين بدران ، ص١٤٠ .

(٢) فتح القدير ، جـ ٢ ، ص ٤٣٥ ، بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ١٥، =

ولا تؤثر عدم التسمية هنا على صحة العقد ولزومه ويجب في هذه الحالة مهر المثل .

قال تعالى : "لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تسموهن أو تفرضوا لهنّ فريضة " (١) . فقد دلت هذه الآية الكريمة على صحة الزواج بدون تسمية المهر ؛ لأن رفع الجناح عن الطلاقِ قبل الفرض فرع صحة الزواج قبله فكان واجباً ليس متقدماً وهو الحكم .

فقد حكم رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ في امرأة تزوجت ولم يكن قد سُمى لها مهر ثم مات زوجها قبل الدخول بأن لها مهر مثلها .

ولأن الزواج عقد انضمام ليس مأخوذاً في حقيقته ومفهومه المال فيتم بدونه (٢) .

أما إذا اشترط الزوج على زوجته في عقد الزواج ، نفى المهر كلية أى أنهما اتفقا على الزواج بدون مهر ، فهذا الاتفاق لا أثر له في سقوط هذا الحق ؛ لأنه وإن كان حقاً مالياً ثابتاً للمرأة إلا أنه حق فرضه الله تعالى ، فالمرأة لها حق فيه، والولى له حق فيه ، ولكنه أولاً وآخراً هو من الحقوق التي لا

--- نهاية المجتهد ، جـ ٦ ، ص ٣٢٩ .

(١) من سورة البقرة : الآية (٢٣٦) .

(٢) أحكام الزواج والطلاق في الإسلام ، أ / بدران أبو العينين بدران ، الطبعة الثانية ١٩٦١ م ، ص ١٤١ .

يجوز إسقاطها ، لأن حق الله فيه غالب . فبعد أن أمر الله عز وجل بأداء الصداق معبراً عنه بالفريضة قال سبحانه : " ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة " (١) .

لكن ما الحكم إذا قبضت المرأة المهر فوجدته معيباً أو ظهر مستحقاً للغير ، فهل لها حق حبس نفسها إلى حين وفاء المهر المعجل ؟ أو بمعنى آخر هل يحق للزوجة اشتراط كون مهرها غير معيب ، أو اشتراطها حبس نفسها عن زوجها إذا كان المهر معيباً أو ظهر أنه مستحق للغير .

اختلف الفقهاء فى ذلك :

فذهب جمهور الفقهاء(٢) إلى أن المرأة إذا قبضت المهر

---

(١) حقوق الأسرة ، أ . د . / يوسف قاسم ، ص ٣٥٠ .

(٢) **عند الحنفية :** يرى الإمام أبو حنيفة فقط أن للزوجة الحق فى منع نفسها.

جاء فى البدائع : (فلو وجدت المرأة المهر زيوفاً أو ستوفاً فردت أو كان المقبوض عرضاً اشترته من الزوج بالمهر فاستحق بعد القبض وكان قد دخل بها ، فليس لها أن تمنع نفسها ، وأما عند أبى حنيفة ينبغى أن يكون لها أن تمنع نفسها) . (بدائع الصنائع ، جـ ٢ ، ص ٢٩٠) .

وعند المالكية : (إلا أن يستحق الصداق من يدها فلها الامتناع ولو بوطء حتى تقبض عوضه ؛ لأن من حجتها أن تقول أنا مكنته حتى يتم لى فلم يتم) . (حاشية البنانى ، جـ ٤ ، ص ٦) .

وعند الشافعية : يقول بشأن عقد البيع : (وله استرداده " أى المبيع " أيضاً إذا خرج الثمن زيوفاً) . والفقهاء يلحقون النكاح بالبيع فى حق ==

فوجدته معيباً أو مستحقاً للغير ، فإن لها الحق فى الامتناع عن تسليم نفسها لزوجها حتى تقبض المهر الصحيح لأنه حقها .

وذهب الإمامان أبو يوسف ومحمد إلى أن الزوجة لا يحق لها الامتناع عن تسليم نفسها لزوجها إذا وجدت المهر زيوفاً أو ستوفاً أو ظهر مستحقاً للغير (١) .

ودليلهم هنا : أن هذا ملحق بتسليم نفسها مختارة ، فإنه يترتب عليه سقوط حقها فى الحبس ويقولون أن التسليم من غير قبض المهر يبطل حق المنع ، وهذا تسليم من غير قبض؛ لأن ذلك القبض بالرد أو الاستحقاق انتقض والتحق بالعدم فصار كأنها لم تقبضه (٢) .

وأرى رجحان مذهب الجمهور القائل بحق المرأة فى

== الحبس . (مغنى المحتاج ، جـ ٢ ، ص ٧٣) .

وعند الحنابلة : (وإن أخذت الصداق فوجدته معيباً ، فلها منع نفسها حتى يبدله أو يعطيها أرشه لأن صداقها صحيح) .

(١) بدائع الصنائع ، جـ ٢ ، ص ٢٩٠ .

(٢) يقول الإمام الكاسانى فى ذلك كله : (ولو وجدت المرأة المهر زيوفاً أو ستوفاً فردت أو كان المقبوض عوضاً اشترته من الزوج بالمهر فاستحق بعد القبض وكان قد دخل بها ، فليس لها أن تمنع نفسها فى جميع ذلك . وهذا على أصلهما مستقيم ؛ لأن من أصلهما أن التسليم من غير قبض ، لأن المهر يبطل حق المنع وهذا تسليم من غير قبض ، ذلك القبض بالرد والاستحقاق انتقض والتحق بالعدم فصار كأنها لم تقبضه) . (بدائع الصنائع ، جـ ٢ ، ص ٢٩٠) .

حبس نفسها إذا قبضت المهر فوجدته غير صحيح أو ظهر مستحقاً للغير ، وذلك لأن حق المرأة في الصحيح لا في المعيب .

ب - اشتراط الزوج على زوجته ألا يعاشرها بالمعروف أو أن يقسم لها أقل أو أكثر من ضرتها :

هذا الشرط يناقض مقتضي العقد ؛ لأن الشرع الإسلامي يوجب على كل رجل أن يعاشر زوجته معاشرة حسنة ، وجعل هذه المعاشرة الحسنة حق من حقوق الزوجة ، فلا يسئ إليها بلسانه أو فعله ولا يظلمها ولا يحتقرها [(١)] ، لقوله تعالى : " وعاشروهنّ بالمعروف " [(٢)] ، ولقوله ـ صلى الله عليه وسلم : " أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم خُلُقاً وخياركم خياركم لنسائهم " [(٣)] ، ولقوله ـ صلى الله عليه وسلم : "خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي " [(٤)] .

فيجب على كلٍ من الزوجين أن يحسن العشرة بينه وبين زوجه وذلك بالمعروف الذى لا ينكره شرع ولا عرف ويجب أن تكون حُسن المعاشرة قولاً وعملاً بأن يأخذ الرجل نفسه بالتعاون مع زوجته في جلب الخير ودفع الشر ، والبعد

---

(١) الروض المربع ، جـ ٣ ، ص ٩٠ .

(٢) من سورة النساء : الآية (١٩) .

(٣) الترغيب والترهيب ، جـ ٣ ، ص ٤٩ .

(٤) نيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ٢٠٦ .

عما ينفر و التسامح والإخلاص فى أداء الواجب ، وليس حسن العشرة خاصاً بكفاية الزوجة من طعام وشراب وصنوف الزينة .

كما أنه ليس خاصاً بإجابة الزوجة زوجها إذا دعاها لفراشه ، أو قيامها بتهيئة طعامه ، إنما هو معنى ينبعث من قلب أحدهما إلى قلب صاحبه ، مدفوعاً بروح المحبة والمودة ، مشمولاً بروح الإيمان بالمهمة الملقاة على عاتقها فى تذليل سبل الحياة وتربية الأبناء ، وتدبير شئون المنزل بما يضفى على الجميع متعة المادة والروح (١) .

وعندما جعل الإسلام الرجل صاحب الكلمة العليا فى البيت وجعل له إرادة نافذة فيه، أمره بإقامة العدل، وخصوصاً أن له الطاعة والتأديب ، ومنع زوجته من الخروج من البيت .

والعدل المطلوب هو الذى تطيب به النفس ويرتاح إليه القلب وتصان معه الحقوق . ويكون العدل من المتزوج بواحدة أن يعاملها بما يجب أن تعامله به فلا يظلمها حقها فى المأكل والمشرب والملبس ، وغير ذلك مما شرعه الله لها من متطلبات الحياة الزوجية ، لأن الله لا يحب الظالمين . ويقول الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ فيما يرويه عن ربه : "إنى حرمت الظلم على نفسى وجعلته محرماً بينكم فلا تظالموا " .

---

(١) أحكام الزواج والطلاق فى الإسلام ، ص ٢٠٢ .

ما إذا كان متزوجا بأكثر من واحدة ، فالعدل تتشعب نواحيه ، إذ يصبح مطالبا بالعدل معهن جميعا ، فلا يظلمهن ، وعليه المساواة فى المعاملة الظاهرة بينهن ، وهذه المعاملة الظاهرة هى التى تدخل فى مقدور الإنسان كالنفقة والمبيت ، أما ما لا يدخل فى مقدوره فليس مطالبا بالعدل فيه ، لأن الله لا يكلف نفسا إلا وسعها .

جـ- اشتراط الرجل على من يريد الزواج بها ألا ينفق عليها ، أو هى التى تنفق عليه :

هذا الشرط باطل باتفاق الفقهاء ؛ لأنه شرط مناقض لمقتضى عقد الزواج [١] .

لأن الزوج هو الملزم بالإنفاق على أسرته بمقتضى عقد الزواج . فالزوج ملزم بالإنفاق على زوجته حتى ولو كانت غنية ذات مال [٢] . وكل شرط يترتب عليه إعفاء الزوج من

---

(١) يرى المالكية : أن كل شرط يتنافى مع مقتضى العقد أو يخل بشرط من الشروط المعتبرة فى صحته شرعا يعتبر شرط فاسد ويفسد العقد . ومثال هذا الشرط ، اشتراط الرجل فى عقد النكاح ألا ينفق على المرأة أو ألا يقسم لها أو ألا ترث منه . (فتاوى الشيخ عليش ، جـ ١ ، ص ١٩٨ ، الالتزامات ، للحطاب ، جـ ١ ، ص ٣٠٢) .

(٢) يرى أ . د ./ محمود بلال مهران أنه : بالنسبة للزوجة التى تعمل وتتقاضى فى مقابل عملها مرتب – كما هو الحال فى هذه الأيام – أن الزوج إذا اشترط على هذه الزوجة أن تشاركه فى الإنفاق على البيت ، كان هذا الشرط صحيحا ؛ لأن الزوج هنا قد تنازل عن حقه فى --

واجب الإنفاق ، أو تحميل الزوجة به ، أو حتى مشاركتها فيه فهو شرط باطل . فالنفقة على الزوجة من أهم حقوقها . لدرجة أن الشافعية والحنابلة ذهبوا إلى أنه يجب على الزوج أن ينفق على الزوجة أثناء استعمالها لحق حبس نفسها إذا لم يدفع لها مهرها ، وذلك لأن الزوج كان سبباً في الحبس بتأخيره نقد المهر المعجل إليها[1] .

أما إذا امتنع الرجل عن الإنفاق على زوجته رغم يساره، فإن تيسر لها الأخذ من ماله ، فلها أخذ ما يكفيها ولو بغير علمه ، لقول النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ لهند زوجة أبي سفيان حينما قالت له : إن أبا سفيان رجل شحيح ولا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي : " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف " .

وإن لم تستطع أن تحصل على نفقتها منه فعليها أن

-- الاحتباس الكامل ، ورضي بالاحتباس الناقص في مقابل مشاركة الزوجة له في الإنفاق . (أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ، هامش ص ٣٠٦) .

(١) عند الشافعية : جاء في حاشية العلامة القليوبي أثناء الكلام على حق الزوجة في الحبس : (ولها نفقة مدة الامتناع لأن التقصير منه) . (قليوبي وعميرة ــ جـ ٣ ، ص ٢٧٨) .

وعند الحنابلة : جاء في المغني عند الكلام عن حق المرأة في الحبس : (فإذا تقرر هذا فلها النفقة ما امتنعت لذلك وإن كان معسراً بالصداق لأن امتناعها بحق) . (المغني والشرح الكبير ، جـ ٨ ، ص ٨٠) .

ترفع الأمر إلى القاضى فيأمره بالإنفاق ويجبره عليــــه ، فــإن أبى جبسه ، وأدنى مدة الحبس فى دين النفقة شهر (كمــا روى أبى حنيفة) ، ويجوز أن يزاد عليها إذا رأى القاضى فى ذلــك وصول إلى حقها ، كأن يضجر من الحبس فيظهر ماله .

وعلى القاضى ألا يخرجه من السجن إذا ثبت غناه حتــى يؤدى النفقة ، لقوله ــ صلى الله عليه وسلم : " لى الواجد يحـل عرضه وعقوبته " ، ولأنه حال بين صاحب الحق وحقــه مــع قدرته على إيفائه فيجازى بمثله ، وذلك بالحيلولة بينـــه وبيــن نفسه وتصرفه حتى يوفى ما عليه ، فإن صبر على الحبــس ، أخذ القاضى النفقة من ماله ؛ لأن صاحب الحق إذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه فللقاضى أن يعينه على ذلك [1] .

فإن لم يجد القاضى إلا عروضا أو عقارا ، فللفقهاء فــى حكم بيعها قولان :

الأول : ذهب الحنفية [2] إلــى أنه: لا يحـل بيعــها إلا برضا الزوج؛ لأن بيع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنـــه ، أو إذن وليه ولا ولاية على الرشيد .

الثانى : ذهب المالكية والشافعية وأحمد بن حنبل [3] إلى

---

(١) المبسوط ، جـ ٥ ، ص ١٨٨ ، بدائع الصنـــائع ، جــ ٤ ، ص ٢٩ ، المغنى ، جـ ٩ ، ص ٢٤٥ .

(٢) المبسوط ، المرجع السابق .

(٣) شرح الخرشى ، جـ ٤ ، ص ١٩٦ ، المغنى ، جـ ٩ ، ص ٢٤٥ .

أنه: يدا- ـقاضى بيعها لأداء نفقة الزوجة ، بدليل أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال لهند : " خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف " ولم يفرق ، ولأن ذلك مال فتؤخذ منه النفقة كسائر النقود ، وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولايته على نقوده .

وأرى ترجيح الرأى القائل بأن للقاضى بيع عروض الممتنع عن الإنفاق وعقاراته ؛ لأن النفقة حق واجب للزوجة ، وعدم الإنفاق عليها ضرر بها يجب إزالته .

أما إذا غيب الزوج ماله وصبر على الحبس ولم يعثر القاضى على ما يؤدى منه نفقة زوجته ، فللفقهاء فى إعطائها حق طلب التفريق قولان :

الأول : لا حق لها فى طلب التفريق ، وبهذا قال الحنفية والشافعية فى ظاهر المذهب وبعض الحنابلة وابن حزم[١] .

الثانى : للزوجة حق طلب التفريق وعلى القاضى أن يجيبها إلى ما طلبت ، وبهذا قال المالكية والشافعية فى قول مرجوح [٢] .

---

(١) فتح القدير ، جـ ٣، ص ٣٢٩، المهذب ، جـ ٢ ، ص ١٧٥ ، المغنى، جـ ٩ ، ص ٢٤٦ ، المحلى ، جـ ١٠ ، ص ٩١ ، مسألة ١٩٢٧.

(٢) شرح الخرشى ، جـ ٤ ، ص ١٩٦ ، شرح جلال الدين المحلى ، جـ ٤ ، ص ٨١ ، المغنى ، جـ ٩ ، ص ٢٤٦ .

الأدلـــة :

استدل أصحاب القول بمنع التفريق : بـأن الفسـخ فـي المعسر لعيب الإعسار ، ولا وجود له هنا ، ولأن الموسر فـي مظنة إمكان الأخذ من ماله وإذا امتنع اليوم فربما لا يمتنع فـي الغد وعلى المرأة أن تؤمر بالاستدانة [1] .

واستدل أصحاب القول الثاني على حـق الزوجـة فـي طلب التفريق بما يلي :

أ ـ قوله تعالى : " ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا " [2] .

وجه الاستدلال : أن الآية فيـها نـهي صريـح عـن الإضرار بالزوجة ، والقول بعدم التفريق مـع الامتنـاع عـن الإنفاق إضرار بها ، وظلم لها ، ورفع الظلم واجب ، ولا يتـم ذلك إلا بالتفريق ، فكان واجبا .

ب ـ ما روى أن عمر ـ رضي الله عنه ـ كتب في رجـال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا . وفي هـذا إجبار على الطلاق عند الامتناع عن الإنفاق [3] .

وأرى أن الراجح هو عدم التفريق بين الزوج وزوجتـه لعدم الإنفاق حال اليسار .

وما أخذ به قانون الأحوال الشـخصية رقـم ١ لسـنة

---

(١) المغني ، جـ ٩ ، ص ٢٤٧ .

(٢) من سورة البقرة : الآية (٢٣١) .

(٣) المغني ، جـ ٩ ، ص ٢٤٦ .

٢٠٠٠ يؤيد رأى أصحاب القول الأول .

فطبقا لأحكام تنفيذ حكم النفقة الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ يتلخص تنفيذ حكم النفقة فى الآتى :

بعد صدور الحكم يقوم المستفيد منه باستلام الصورة التنفيذية من المحكمة التى أصدرته ثم يقوم بإعلانه على يد محضر ، تطبيقا لنص المادة (٢٨١) من قانون المرافعات إلى المحكوم عليه فى موطنه الأصلى، ثم يقدم الحكم والصورة التنفيذية والإعلان إلى بنك ناصر والذى يقوم بدوره بأداء هذه النفقات إلى المحكوم له فور التقدم إليه وإدراجه على القوائم المعدة لذلك داخل البنك .

ولقد نصت المادة (٧٢) من هذا القانون على أصحاب النفقات طبقا لأحكامه وهم : (الزوجة ـ المطلقة ـ الأولاد ـ الوالدان) . ثم بعد ذلك يقوم بنك ناصر وطبقا لجهة عمل المحكوم عليه باتخاذ إحدى الطريقتين :

الأولى : إذا كان المحكوم عليه من ذوى المرتبات أو المعاشات يقوم البنك بطلب منه مرفق به صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم وإعلان المحكوم عليه بالتقدم إلى الجهات الإدارية المحددة بنص المادة (٧٣) من هذا القانون ، والتى تقوم هذه الجهات بدورها بخصم المبالغ المحكوم بها فى الحدود التى يجوز الحجز عليها من المرتبات والمعاشات وإيداعها بخزانة البنك فور وصول الطلب إليها . وتكون

النسب المقررة التى يجوز خصمها ٢٥% للزوجة أو المطلقة و٤٠% فى حالة وجود أكثر من واحدة و٢٥% للوالدين أو أيهما و٣٥% للوالدين أو أقل و٤٠% للزوجة أو المطلقة ولولد أو ولدين والوالدين أو أيهما و٥٠% للزوجة أو المطلقة ولولد أو ولدين وللوالدين أو أيهما و٥٠% للزوجة أو المطلقة وأكثر من ولدين والوالدين أو أيهما ، وفى جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد النسبة التى يجوز الحجز عليها على ٥٠% تقسم بين المستحقين بنسبة فى حكم لكل منهم .

الثانية : إذا كان المحكوم عليه من غير ذوى المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها يقوم البنك بالتنبيه عليه بالوفاء بالمبلغ المحكوم به لصالح المحكوم له وإيداعه بخزانة بنك ناصر الاجتماعى أو أحد فروعه أو وحدة الشئون الاجتماعية التى تقع فى محل إقامته ، وذلك فى مدة لا تتجاوز الأسبوع الأول من كل شهر ، فور وصول التنبيه إليه. على أنه فى حالة امتناع المحكوم عليه من أداء النفقة إلى البنك فى الميعاد المحدد يكون للبنك الحق فى استيفاء ما قام بأدائه من نفقات وأجور وما فى حكمها مضافا إليه كل ما تكبده من مصاريف فعلية أنفقها بسبب امتناع المحكوم عليه من أداء النفقة .

الفرع الثاني

الشروط التي تشترطها الزوجة وتكون مخالفة لمقتضى عقد الزواج

أ- اشتراط الزوجة على زوجها أن يسافر بها، أو أن يسكنها حيث شاءت أو شاء أبوها أو أمها أو أي شخص آخر قريب أو أجنبي :

هذا الشرط باطل باتفاق الفقهاء لمنافاته لمقتضى عقد الزواج ، حيث يتعارض هذا الشرط مع أحكام وآثار عقد الزواج [1] . لأن أحكام عقد الزواج تقضي بأن الزوج هو الذي يختار مسكن الزوجية حسب قدرته وطاقته ، حيث يقول سبحانه وتعالى : " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن " .

وإذا كان هذا النص قد جاء في شأن المطلقات ، لأنهن مظنة التقصير في حقوقهن ، فهو بعمومه يشمل الزوجات ، فقد جعل هذا النص الكريم اختيار مسكن الزوجية من حق الزوج حسب قدرته ووسعه ، ولم يجعل هذا الحق لأي شخص آخر ، قد لا يكون على علم بقدرة الزوج المالية ، أو غير مقدر لظروفه وإمكاناته [2] .

---

(١) الروض المربع ، جـ ٣ ، ص ٩٠ .

(٢) أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ، ص ٣٠٧ .

ب ـ اشتراط الزوجة على زوجها أن تكون لها القوامة عليه:

هذا الشرط باطل باتفاق الفقهاء ؛ لأنه مناقض لمقتضى عقد الزواج ، بل فيه قلب للأوضاع ويترتب عليه خلل واضطراب فى أحوال الأسرة ، لأن قوله تعالى : " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم"(١) ، أفادت حصر القوامة فى الرجال ، لأن الموضوع معرف بأل الجنسية فيكون منحصرا فى المحمول .

ومن هنا يستفاد أن الله سبحانه وتعالى جعل الرجال قوامين على النساء دون العكس ، فالرجال قوامون على النساء، بحيث يقومون بأمرهن ويحافظون على أعراضهن ، وينفقون عليهن .

فلو اشترطت المرأة فى عقد الزواج أن تكون لها القوامة على الرجل ، فإن هذا يخالف قول الله عز وجل : "الرجال قوامون على النساء " ؛ لأن من كان فى حاجة إلى القوامة عليه لا يصح أن يكون قواما على من هو قوام عليه(٢).

وسبب جعل القوامة للرجال دون النساء هو ما يمتازون به من صفات تؤهلهم لهذه القوامة ، ولأنهم المسئولون عن الإنفاق . فلو أسند هذا الحق إلى النساء دون الرجال لاختل

---

(١) من سورة النساء : الآية (٣٤) .

(٢) الجامع لأحكام القرآن ، للقرطبى (محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى) ، مطبعة الشعب بالقاهرة ، جـ ٢ ، ص ١٨٣٣ .

نظام الأسرة واضطربت أحوالها ، نظرا لعدم قدرة النساء على إدارتها وتوجيه شئونها فى حزم وتعقل ، وذلك لضعفهن وسيطرة العاطفة عليهن [١] .

جـ- اشتراط الزوجة على زوجها أن يكون لها حق الخروج من البيت متى تشاء وفى أى وقت تريد دون استئذان منه :

هذا الشرط باطل باتفاق الفقهاء لمناقضته لمقتضى عقد الزواج؛ لأن طاعة الزوجة لزوجها أمر واجب شرعا ــ طالما كانت هذه الطاعة فيما لا معصية فيه ــ وذلك بمقتضى عقد الزواج ، من أجل صالح الأسرة وتماسكها .

فإذا لم تطع الزوجة زوجها لأضر ذلك بالأسرة ضررا بليغا ، واهتزت هيبة الأب فى نظر أبنائه ، وشجعهم عدم طاعة الأم له على عدم طاعته ، وعصيان أوامره ، مما يصيب الأسرة بالخلل ، ويتهددها بالانهيار [٢] .

لكن هناك حالات أقرها الفقهاء تعطى المرأة حق السفر دون إذن زوجها وليس له أن يمنعها . ومن هذه الحالات :

حالة استعمالها لحقها فى حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفى مهرها المعجل ، فيجوز لها فى هذه الحالة : الحق فى السفر دون إذن زوجها وليس له أن يمنعها من السفر أثناء

---

(١) أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى ، أ . د ./ محمود بلال مهران ، القسم الأول ، ص ٣٠٦ .

(٢) أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى ، ص ٣٠٧ .

استعمالها لحق الحبس ، ولها الحق كذلك فى أن تخرج من منزله لزيارة أهلها بدون إذنه . ويقول الفقهاء تعليلا لذلك أن حق الحبس ثبت لاستيفاء المستحق وهو المهر ، وطالما أنها استعملت حقها فى الحبس ولم يجب عليها تسليم نفسها قبل إعطاء المهر لم يثبت للزوج حق استيفاء حقه منها فى منافع البضع ، فلا يثبت له حق حبسها لاستيفاء حقه منها فى منافع البضع ، فإذا أوفاها مهرها كاملا كان له الحق فى منعها من الخروج من بيته فى الحالات السابقة ، وله أن يحبسها لاستيفاء حقه منها وهو منفعة البضع (١) .

د ـ اشتراط الزوجة ألا تسلم نفسها لزوجها لمدة معينة :

مما مضى اتضح لنا أن لكل من الزوجين حقوق قبل الآخر . وواضح أن كل حق من هذه الحقوق هو فى الوقت نفسه واجب على الطرف الآخر . فحق المهر والنفقة للزوجة

---

(١) **عند الحنفية** : يقول الإمام الكاسانى بعد الكلام على حق حبس المرأة نفسها لاستيفاء المهر : (وليس للزوج منعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها قبل إيفاء المهر ؛ لأن حقّ الحبس إنما ثبت لاستيفاء المستحق ، فإذا لم يجب عليها تسليم النفس قبل إيفاء المهر ، لم يثبت للزوج حق الاستيفاء فلا يثبت له حق الحبس) . (بدائع الصنائع ، جـ ٢، ص ٢٨٨) .

وعند الحنابلة : (وكل موضع قلنا لها الامتناع من تسليم نفسها فلها السفر بغير إذن الزوج ، لأنه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس فصارت كمن لا زوج لها) . (المغنى ، جـ ٨ ، ص ٨٠) .

يقابلهما واجب عليها وهو طاعة الزوج وتسليم نفسها له [1] .

---

(١) عند الحنفية : (للمرأة قبل دخول الزوج بها أن تمنع الزوج عن الدخول بها حتى يعطيها جميع المهر ثم تسلم نفسها إلى زوجها لما ذكرنا أنه بذلك بتعيين حقها فيكون تسليما بتسليم ، ولأن المهر عوض عن بعضها كالثمن عوض في عقد البيع وللبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن فكان للمرأة حق حبس نفسها لاستيفاء المهر) . (بدائع الصنائع ، جـ ٢ ، ص ٢٨٨) .

وعند المالكية : جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك ، جـ ٢، ص ١٩١: (والصداق يلزمه حين تزوجها دخل بها،أم لم يدخل ولها أن تمنعه نفسها حتى تأخذ الصداق منه) .

وفي الشرح الكبير للدردير على هامش حاشية الدسوقي ، جـ ٢ ، ص ٣٧٧ : (ولما كان الصداق كالثمن قال ووجب على الزوج تسليمه أي تعجيل الصداق لها أو لوليها أن تعين كدار أو عبد) ، ثم يقول : (وإلا يكن معينا وتنازعا في التبدئة فلها منع نفسها وإن كانت معينة لا قيام له بأن رضي به) . حتى أن الإمام مالك كره أن تسلم نفسها قبل قبض ربع دينار لحق الله . يقول الزرقاني في حاشية البناني ، جـ ٤ ، ص ٦ : (وإن لم يكن معينا بل مضمونا وتنازعا في التبدئة فلها منع نفسها ، وكره مالك تمكينها قبل قبض ربع دينار لحق الله تعالى) ، ثم يقول : (وإن مكنت من الدخول فلها المنع من الوطء بعده أي بعد الدخول) .

وعند الشافعية : جاء في مغني المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٢٠٨ : (ولها حبس نفسها ولو بلا عذر لقبض المهر المعين والحال كله أو بعضه في العقد أو الفرض دفعا لضرر فوات البضع ، فيجب عليه تأديته. قال صلى الله عليه وسلم : " أول ما يسأل عنه المؤمن من ديونه صداق زوجته " ، وقال : " من ظلم زوجته في صداقها لقي الله يوم القيامة وهو زان ") .

وعند الحنابلة : جاء في المغني والشرح الكبير ، جـ ٨ ، ص ٨٠ : ==

ومن المعلوم أن المهر طبقا للعرف ينقسم إلـــى معجـــل ومؤجل . فمتى يحق للمرأة أن تحبس نفسها عن زوجها طبقـــا لهذا الشرط ؟ الحال لا يخلو إما أن يكون المهر كله معجـــل أو مقسم إلى معجل ومؤجل . فإن كان المهر كله معجل فا` يحـــق للمرأة أن تحبس نفسها عن زوجها إذا كان الـــزوج قـــد دنعـــه كاملا وهذا باتفاق الفقهاء . أما إذا كان المهر مقسم إلى معجـــل ومؤجل ، فالأمر يحتاج إلى تفصيل أشير إليه فيما يلى :

أولا : إذا كان معجل مهر المرأة معلوم ومحدد :

اتفق الفقهاء على إعطاء المرأة حق حبس نفســـها عـــن زوجها حتى تستوفى مهرها المعجل كـــاملا حتـــى أن بعـــض الفقهاء كرهوا أن تسلم المرأة نفسها قبـــل أن تقبـــض حـــق الله وهو المهر .

واستدلوا على ذلك : بأن هذا الحق ثابت للمـــرأة فـــى المهر المعجل فقط تطبيقا لشرط حق الحبس على وجه العمـــوم وهو حلول الحقين .

ذهب بعض الفقهاء إلى أن العلة فى إعطاء المرأة هـــذا الحق هو أن الزوج قد تعين حقه فى البضع فيجب عليه تعيـــين

= (فإذا منعت نفسها حتى تتسلم صداقها وكان حالا فلها ذلـــك . قـــال ابـــن المنذر : " وأجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم أن للمـــرأة أن تمتنـــع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها " ، وعللوا ذلك بقولـــهم : "أن إجبارها على تسليم نفسها أولا خطر إتلاف البضع ") .

حق الزوجة فى المهر بتقديم تسليمه ولها حبس نفسها لاستيفائه كما فى عقد البيع ، وهذا ما ذهب إليه الأحناف كما هو واضح من نصوصهم ، بينما ذهب باقى الفقهاء بأن إعطاء المرأة حق الحبس لاستيفاء المهر مبنى على دفع الضرر وهو إتلاف البضع دون مقابل ولذلك قالوا بوجوب تقديم المهر المعجل لدفع ضرر إتلاف البضع ودفع الضرر هذا دليل من أدلة القول بحق الحبس على وجه العموم .

ثانيا : إذا كان المهر كله أو بعضه مؤجلا :

والمهر المؤجل إما أن يكون مؤجلا أجلا غير معلوم ، أو معلوم ، أو مؤجل كله أو بعضه .

أما المهر المؤجل أجلا غير معلوم بأن قال الزوج لزوجته : تزوجتك على مهر مؤجل ولم يذكر وقتا لهذا الأجل أو ذكر وقتا مجهولا جهالة فاحشة بأن قال لها : تزوجتك على ألف إلى وقت الميسرة أو هبوب الرياح أو إلى أن تمطر السماء ، يقول الفقهاء : أن هذا النوع من الأجل لا يصح ويأخذ حكم المعجل ، ويأخذ حكم المهر المعجل أيضا المهر المسكوت عنه بالتأجيل أو التعجيل ، فإن حكم المهر فى هذه الحالات حكم المهر المعجل ويحق للمرأة أن تحبس نفسها إلى حين وفاء المهر المعجل على هذه الصورة [1] .

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ ٢ ، ص ٢٨٨ .

أما المهر المؤجل إلى أجل معلوم : فإنـــه يـــؤدى إلـــى سقوط حقها فى حبس نفسها عن الزوج ويجب عليـــها تسـليم نفسها فى الحال ؛ لأنها لما رضيت بتأخير حقها فى المهر لـــم يترتب على ذلك تأخير حق الزوج ونصوص الفقهاء صريحـــة فى ذلك [١].

وذهب أبو يوسف من الأحناف [٢] وبعض الشـــافعية [٣] إلى أنه إذا كانت المرأة قد أجلت حقـــها فـــى قبـض المـــهر المؤجل، فإنه لا يسقط حقها فى حبـــس نفســـها ، وهـذا رأى

---

(١) **عند الحنفية :** جاء في بدائع الصنائع ، جـ ٢ ، ص ٢٨٨ : "(وإذا ذكـر وقتا معلوما للمهر فليس لها أن تمنع نفسها) .

وعند الشافعية : أثناء الكلام على حق المرأة فى حبس نفســـها لاسـتيفاء المهر المعجل ــ لا المؤجل ــ فلا تحبس نفسها لرضاها بالتـأجيل ، فلـو حل الأجل قبل تسليم نفسها للزوج فلا حبس فى الأصح لوجـــوب تسـليم نفسها قبل الحلول فلا يرتفع لحلول الحق . (مغنى المحتاج ، جـــ ٣ ، ص ٢٠٩) .

وعند الحنابلة : (وإن كان الصداق مؤجلا فليس لها منع نفسها قبل قبضـــه لأن رضاها بتأجيله رضى بتسليم نفسها قبل قبضه كالثمن المؤجـــل فـــى البيع) . وهكذا نجد أن المرأة إذا أجلت قبض صداقها ســـقط حقـــها فـــى حبس نفسها عن الزوج ؛ لأن رضاها بتأخير حقها لا يترتب عليه تـــأخير حق الزوج فيجب عليها تسليم نفسها . (المغنى والشرح الكبير ، جـــ ٨ ، ص ٨٠) .

(٢) بدائع الصنائع ، جـ ٢ ، ص ٢٨٨ .

(٣) مغنى المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٣٠٩ .

ضعيف لأن رضاها بتأجيل المهر يترتب عليه سقوط حقها في الحبس . كما لو بادر البائع بدفع المبيع إلي المشترى قبل قبض الثمن فإنه بهذه المبادرة يسقط حقه في الحبس .

واختلف الفقهاء حول حق المرأة في حبس نفسها بعد أن يطأها الزوج . في هذه الحالة :

ذهب الشافعية والمالكية وبعض الحنابلة وأبي يوسف ومحمد من الأحناف : إلي سقوط حق المرأة في الحبس إذا وطأها الزوج ، فإن مكنت نفسها منه ولم يطأ كان لها الحق في استمرار حبس نفسها [1] .

---

(١) جاء في المغنى : (ولو بادرت الزوجة فمكنت ، أى الزوج ، طالبته بالمهر على قول لأنها بذلت ما في وسعها ولها حينئذ أن تستقل بقبض الصداق بغير إذن الزوج كنظيره في البيع ، فإن لم يطأ امتنعت ، أى جاز لها الامتناع من تمكينه حتى يسلم المهر لأن القبض بالوطء دون التسليم، فإن وطئها بتمكينها منه مختارة مكلفة ولو في الدبر فلا ، كما لو تبرع البائع بتسليم المبيع فليس له استرداده ليحبسه) . (مغنى المحتاج ، جـ ٣، ص ٢٠٩) .

وعند المالكية : يقول الشيخ الزرقاني في حاشية البناني أثناء الكلام على حق المرأة في الحبس قبل تسليم نفسها : (لا بعد الوطء أو التمكين وإن لم يحصل فليس لها حينئذ منع نفسها منه معسرا كان أو موسرا كما هو ظاهر كلامهم) . (حاشية البناني ، جـ ٤ ، ص ٦) .

وعند الحنابلة : جاء في المغنى والشرح الكبير ، جـ ٨ ، ص ٨٠ : (فإن سلمت نفسها قبل قبض العاجل ثم أرادت منع نفسها حتى تقبضه فقد توقف أحمد عن الجواب فيها ، وذهب أبو عبد الله بن بطة وأبو اسحق =

وذهب الإمام أبو حنيفة : إلى استمرار حقها في حبس نفسها حتى ولو كانت قد سلمت نفسها حتى تستوفي مهرها المعجل .

أما إذا لم تسلم المرأة نفسها ووطئها الزوج مكرهة فلا يسقط حقها في الحبس ، وهذا يشبه ما إذا قبض المشترى المبيع بدون إذن البائع فله الحق في استرداده المبيع وحبسه ؛ لأنه لا يجوز لأحد أن يبطل على غيره حقا من حقوقه ، فكذلك المرأة لو وطئها الزوج مكرهة لا يترتب على ذلك سقوط حقها في حبس نفسها لاستيفاء المهر المعجل [١] .

أما إذا سلمت المرأة نفسها جاهلة أنه ليس لها حق الحبس ، فإنه ليس لها الحق في الحبس إذا سلمت نفسها على هذا الوجه [٢] .

= بن شاقلا إلى أنها ليس لها ذلك وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد، لأن التسليم استقر به العوض فلم يكن أن تمتنع منه بعد ذلك كما لو سلم البائع المبيع) .

(١) جاء في المغني والشرح الكبير ، جـ ٨ ، ص ٨٠ : (وإن وطئها مكرهة لم يسقط به حقها من الامتناع لأنه حصل بغير رضاها كالمبيع إذا أخذه المشترى من البائع كرها .

جاء في شرح جلال الدين المحلى على المنهاج ، جـ ٣ ، ص ٢٧٨: (نعم لو وطئها مكرهة فلها الامتناع وقيل لا لأن البضع بالوطء كالتالف).

(٢) يقول صاحب حاشية قليوبي ، جـ ٣ ، ص ٢٧٨ : (وهل مثله ما لو جهلت أن لها الحبس ، ومال بعض مشايخنا إلى أنه ليس مثله، " أي أن =

ثالثا : هل يحق للمرأة أن تحبس نفسها إذا وفى الزوج المهر كله إلا قليلا منه :

يقول الفقهاء فى ذلك أن الزوج إذا وفى كل المهر إلا قليلا منه ، فإنه يحق للمرأة أن تحبس نفسها عن زوجها إلى حين وفاء الجزء الباقى المعجل ، وهذا تطبيق لحق من حقوق الحابس ؛ لأن حق الحبس كل لا يتجزأ وأن الشئ المحبوس محبوس بكل جزء من أجزاء الحق المقابل ويكون حق المرأة فى حبس نفسها إلى حين وفاء الجزء الباقى من ا لمهر المعجل تطبيقا له [1] .

-- جهلها بحقها فى الحبس ليس مثل وطئها مكرهة فليس لها حق الحبس").

(١) عند الحنفية : (إذا أعطاها المهر إلا درهما واحدا فلها أن تمنع نفسها وأن تخرج من مصرها حتى تقبضه ؛ لأن حق الحبس لا يتجزأ فلا يبطل إلا بتسليم كل البدل كما فى البيع .

وإذا قبضت جزءا من المهر وحبست نفسها ، فإنه لا يحق للزوج أن يسترد منها ما أعطاه لها من المهر إذا خرجت من بلدها للسفر ؛ لأنه يجوز لها أن تسافر دون إذن زوجها أثناء قيام حق الحبس ، فإذا سافرت لا يحق له أن يسترد ما أعطاها إياه من المهر ، لأنها قبضته بحق ، فلا ينتقص) .

يقول الإمام الكاسانى فى ذلك : (ولو خرجت لم يكن للزوج أن يسترد منها ما قبضت ؛ لأنها قبضته بحق لكون المقبوض حقا لها والمقبوض بحق لا يحتمل النقض) .

وعند الحنابلة : (ولو بقى منه درهم كان كبقائه جميعه ؛ لأن كل من ثبت له الحبس بجميع البدل ثبت له الحبس ببعضه كسائر الديون) . --

المطلب الثانى

الشروط التى نهى الشارع عنها

هذه الشروط هى التى ورد عن الشارع نص ينهى عنها صراحة، مثل : أن يزوج شخص ابنته أو أخته مثلا لشخص آخر على أن يزوجه هو ابنته أو أخته أو أى امرأة فى ولايته ويجعلا صداق هذه بصداق تلك وهو ما يسمى بنكاح الشغار . وكأن يشترطا ، أى الزوج والزوجة ، تأقيت النكاح ، وهو ما يسمى بنكاح المتعة أو النكاح المؤقت . وكأن يتزوج امرأة مطلقة ثلاثا بشرط إحلالها لمطلقها ، وهو ما يسمى بنكاح المحلل.

فهذه الأنواع من الأنكحة قد وردت نصوص عن الشارع بالنهى عنها فتكون باطلة بسبب ذلك النهى .

بالإضافة إلى أن البعض منها قد اشتمل على ما يناقض مقتضى عقد الزواج، وما يتعارض مع الحكمة من تشريعه[1].

وأشير فيما يلى إلى هذه الشروط فى ثلاثة فروع :

الفرع الأول : نكاح المتعة والزواج المؤقت .

الفرع الثانى : اشتراط عقد فى عقد .

الفرع الثالث : نكاح التحليل .

= (بدائع الصنائع ، جـ ٢ ، ص ٢٨٨ ، المغنى ، جـ ٨ ، ص ٨٠) .

(١) أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى، أ. د./ محمود بلال مهران، ص٣١٠.

الفرع الأول

نكاح المتعة والزواج المؤقت

أ ـ نكاح المتعـــة :

من شروط صيغة الزواج أن تكون مؤبدة ، فلا يجـــوز التأقيت فيها بوقت معين محدد طـــال الوقـــت أو قصــر ، لأن تأقيت الزواج بمدة معينة يقصر منافعه على المتع الجنســـية ، وليس هذا هو المقصود الأصلى من الزواج ، وإنما المقصـــود الأصلى له هو السكن والمودة والرحمة والمحافظة على النســـل والارتقاء بمستوى البشـــرية والتعـــاون فـــى شـــئون الحيـــاة والمشاركة فى ضرائها وسرائها .

والزواج المؤقت ، أن يقول الرجل للمـــرأة : تزوجينـــى مدة شهر بمهر قدره كذا ، فتقول : قبلت ، ويكون ذلك بحضـــورة شهود مستكملين لشرائط الشهادة على الزواج ، ولابد فى هـــذا النوع من الزواج من تحديد الزمان وحضور الشهود .

ويجب أن نعلم أن هناك فرقـــا بيـــن الـــزواج المؤقـــت وزواج المتعة وهو أن يقول رجل لامرأة : أتمتـــع بـــك أيامـــا بدينارين ، أو أتمتع بك مدة إقامتى فى هذه البلدة بألف دينـــار ، أو أتمتع بك شهرا بألف جنيه ، فتقول فى كل ذلك قبلت .

وهذا الفرق يظهر من ثلاثة أوجه :

أولهما : أن زواج المتعة يكون بلفظ التمتـــع لا غـــير ،

والمؤقت يكون بلفظ الزواج والنكاح وما يؤدى معناهما .

الثانى : أن الشهود ليسوا بشرط فى زواج المتعة وهم شرط فى الزواج المؤقت .

الثالث : أن تعيين الوقت ليس بشرط فى زواج المتعة ، وهو شرط فى الزواج المؤقت .

وأشير هنا إلى موقف الفقهاء من زواج المتعة والزواج المؤقت.

أولا : زواج المتعة :

عرفنا فيما سبق أن زواج المتعة هو أن يقول رجل لامرأة : أتمتع بك يوما أو أسبوعا أو شهرا أو سنة أو مدة إقامتى بهذا البلد مقابل كذا من المال فتقول : قبلت . وهذا النوع من الزواج كان مباحا فى أول الإسلام ، فقد ورد أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ أذن فيه فى غزوة غزاها ، واشتدت على الناس العزوبة . ثم ثبت ثبوتا قاطعا أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ نهى عنه ، ونسخ هذه الإباحة ، وثبت ذلك بطريقة تبلغ حد التواتر ، فقد أثر عنه أنه نهى عن المتعة ست مرات فى ست مناسبات ليؤكد النسخ والإلغاء[١] . ومن ثم ذهب جمهور الفقهاء إلى القول ببطلان زواج المتعة وتحريمه

---

(١) " الأحوال الشخصية ـ قسم الزواج " ، لفضيلة الشيخ / محمد أبو زهرة، ص٤١.

ولم يخالف فى ذلك إلا الشيعة الإمامية فهى الفرقة التى ذهبت إلى إباحته .

وأعرض الآن لأدلة كل فريق :

١ـ استدل الجمهور على بطلان نكاح المتعة وعدم انعقاده بالكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب فمنه :

١ـ قوله تعالى : " فانكحوهن بإذن أهلهن " [١] . فالنكاح بإذن أهلهن هو النكاح الشرعى بولى وشاهدين ، ونكاح المتعة ليس كذلك .

٢ـ وقوله تعالى : " والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين " [٢] .فالله سبحانه وتعالى قصر إباحة معاشرة المرأة على هذين الوجهين وحظر ما عداهما بقوله تعالى: " فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون " [٣] .

والمتعة خارجة عنها لأن المتمتع بها ليست زوجة باتفاق علماء المسلمين حتى الشيعة أنفسهم فإنهم لا يثبتون لها حقوق الزوجة من نفقة وميراث ، ولأن النكاح ثبت به النسب،

---

(١) سورة النساء : الآية رقم (٢٥) .

(٢) سورة المؤمنون : الآيات (٥ـ٦) .

(٣) سورة المؤمنون : الآية (٧) .

ولكن لا يثبت بالمتعة نسب ، ولأن الفرقة فى النكاح يثبت بـــها العدة على المرأة ولكن لا يجب عليها فى فرقة المتعة عدة [1].

وأما السنة فاستدلوا منها بما يلى :

١ـ أن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال يوم فتح مكـــة : " يا أيها الناس إنى كنت أذنت لكـــم فـــى الاســـتمتاع مـــن النساء، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمـــن كـــان عنده منه شئ فيخل ســـبيله ولا تـــأخذوا ممـــا آتيتموهـــن شيئا"[2] .

٢ـ وروى عن ابن عباس ـ رضى الله عنهما ـ أنـــه كـــان يفتى بحل نكاح المتعة ، فقال له على ـ رضى الله عنـــه : إنك تائه أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ نهى عن متعـــة النساء (فأمسك عن الفتوى بها) .

٣ـ روى أن عمر ـ رضى الله عنه ـ قال : (أذن لنا رســـول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فى المتعة ثلاثا ثم حرمـــها ؛ والله لا أعلـــم أحـــدا تمتـــع وهـــو محصـــن إلا رجمتـــه بالحجارة)[3] . وقد انعقد إجماع العلماء على كونـــه غـــير

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ، جـ ٢ ، ص ١٤٩ ، " الإســـلام والأســـرة "، دراسة مقارنة فى ضوء المذاهب الفقهية ، للدكتور / عبـــد الفتـــاح أبـــو العنين، ص١٢٨، ص ١٢٩ .

(٢) رواه مسلم وابن ماجه عن سبره ، الفتح الكبير ، جـ ٢ ، ص ٣٨٥ .

(٣) سبل السلام ، جـ ٢ ، ص ١٠٢ .

زواج بل هو استمتاع فقط .

ثانيا : أدلة الشيعة الإمامية على إباحته :

استدل الشيعة الإمامية على إباحة زواج المتعة بالأدلـــــة التالية:

١ــ بقوله تعالى: " فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهــن"[1]. فقد صرحت الآية الكريمة بحل نكاح المتعة، حيث أوجبــت إعطاء مال للمرأة نظير الاستمتاع بها وسمت ذلك أجــرا ، والاستمتاع بالمرأة غير الزواج بها والأجر غير المـــهر ، ومما يؤكد ذلك أن أبى بن كعب وابن عباس كانـــا يقــرأن "مما استمتعتم به منهن إلى أجل مسمى فآتوهن أجورهــن "، ولم ينكر أحد من الصحابة فكان ذلك إجماعا على صحتها.

٢ــ أن زواج المتعة أبيح أول الإسلام ، ولم يوجد ما يدل علــى نسخه فيكون القول بنسخه مردود ، لما روى أن عمر قــال على المنبر : متعتان كانتا مشروعتين فى عهد رســول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ وأنا أنهى عنهما متعـــة الحــج ومتعة النكاح . وهذا يدل على أن متعة الزواج لــم تنسـخ فى عهد رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ، وما لم ينسـخ فى عهد الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ امتنع أن ينسـخ بعد وفاته ، ولذا فإن عمران بن حصين قد احتج قــائلا (إن

---

(١) سورة النساء : الآية (٢٤) .

الله أنزل فى المتعة وما نهانا عنها ، ثم قال رجل برأيه ما شاء) ، يريد أن عمر نهى عنها) [1] .

الرد على أدلة الشيعة :

١ـ أما استدلالهم بالآية الكريمة " فما استمتعتم به منهن ، فآتوهن أجورهن فريضة " ، فليس فيها ما يدل على إباحة المتعة ، بل هى فى الزواج الدائم ، لأن الآية السابقة على تلك الآية قد وردت فى بيان من يحرم الزواج منهن ، حيث قال سبحانه : " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم ... " [2] .وصدر هذه الآية قد ورد فى إكمال باقى المحرمات وذلك حيث يقول سبحانه "والمحصنات من النساء"، ولما بين الله المحرمات من النساء قال " وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة "، أى أحل لكم أن تتزوجوا من عدا المحرمات المذكورات[3]. وأما قولهم ، أن التعبير بقوله تعالى "فآتوهن أجورهن " دليل على حل المتعة ، فلا نسلم به، لأن هذا التعبير ورد كثيرا فى القرآن الكريم ، ومنه على سبيل المثال قوله تعالى :

---

(١) الإسلام والأسرة ، ص ١٢٥ .

(٢) سورة النساء : الآية (٢٣) .

(٣) الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية ، للدكتور / زكريا البرى ، الطبعة الثالثة ، ص ٢٧ .

أجورهن"(١) ، وقوله تعالى : " اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن "(٢) ، وقوله تعالى : "ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات فما ملكت أيمانكم ومن فتياتكم المؤمنات والله أعلم بأيمانكم بعضكم من بعض فانكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن أجورهن بالمعروف "(٣)، وهذا دليل على أن الأجور هى المهور ، وقد عبر القرآن عن المهر بالأجر على سبيل المجاز .

٣ــ وما ذكره الشيعة من إباحة المتعة فى أول الإسلام إنما كان مرحلة من مراحل التشريع لضرورات قاهرة ، كما حدث فى بعض الغزوات حينما اشتدت على المسلمين العزوبة والبعد عن النساء وكان فى منعهم منها فى ذلك الوقت تضييق وإعنات لهم لقرب عهدهم بالجاهلية التى كانت تبيح لهم متعة النساء ، والتدرج فى التشريع قاعدة من القواعد التى بنى عليها التشريع الإسلامى . كما حدث فى تحريم الخمر ، وبعد أن قويت عزيمة المسلمين وبدأت انتصاراتهم وقامت دولتهم ، حرم النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ المتعة بالنساء تحريما قطعيا مؤبدا وكان ذلك يوم فتح مكة ، فقد قال صلى الله عليه وسلم : " يا أيها الناس إنى كنت قد أذنت لكم فى الاستمتاع بالنساء ، وأن الله قد

---

(١) من سورة الأحزاب : الآية (٥٠) .

(٢) من سورة المائدة : الآية (٥) .

(٣) من سورة النساء : الآية (٢٥) .

حرم ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده شئ فليخل سبيله ، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا " . وقد ورد عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ النهى عنها ست مرات في ست مناسبات ليتأكد التحريم ويظهر أمره للمسلمين [1] .

٤ـ أن نهى عمر عن زواج المتعة لم يكن نابعا من ذاته ، وإنما كان ذلك منه امتثالا لتعاليم الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ في هذا الشأن ، وذلك إذ يقول : أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أذن لنا في المتعة ثلاثا ثم حرمها ، والله لا أعلم أحدا تمتع وهو محصن إلا رجمته بالحجارة . فالواضح من هذا النص أن تهديد عمر برجم المتمتع إنما كان بعد أن ثبت لديه أن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ قد حرم المتعة تحريما أبديا [2] .

٥ـ ومذهب ابن عباس ـ رضى الله عنهما ـ في نكاح المتعة كغيره من الصحابة فإنه كان يعلم أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لم يحل المتعة للناس وهم مستقرون في ديارهم وأوطانهم ، وإنما أباحها لهم للضرورة في أوقات الحرب والاغتراب عن الأهل . وكان يعلم أيضا أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ حرمها أيام فتح مكة ، وأنه أكد

---

(١) الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية ، للدكتور / زكريا البرى ، الطبعة الثالثة ، ص ٢٧ .

(٢) الإسلام والأسرة ، ص ١٢٨ .

تحريمها فى حجة الوداع .

والذى انفرد به ابن عباس عن غيره من الصحابة هو أنه لم يأخذ هذا التحريم على أنه بات مؤبد يشمل حالات الاضطرار وغيرهما ، بل فهمه على أنه تحريم كتحريم الميتة والدم والخنزير ، فهو مباح عند الضرورة الملجئة التى يخشى معها الوقوع فى المحرم، أما بقية الصحابة فقد فهموا من قول النبى – صلى الله عليه وسلم – كما رواه مسلم "كنت أذنت لكم فى الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة " ، وأن المتعة صارت بذلك محرمة تحريما باتا مؤبدا على المضطر وغيرهن فيكون من الكذب والافتراء على ابن عباس ما يدعيه بعض الناس من أنه كان يرى حل المتعة فى كل حال. فقد ثبت عنه أنه غضب واشتد إنكاره لما علم أن الناس توسعوا فى المتعة ، ولم يقتصروا فيها على مواطن الضرورة وقيل له : إنها فتياك التى سارت بها الركبان ، فقال : سبحان الله ما بهذا أفتيت وما هى إلا كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل إلا لمضطر ، كما أنه من الكذب والافتراء عليه ما يدعى من استمراره على القول بحلها فى حالات الضرورة، فقد صح رجوعه إلى ما أجمع عليه الأئمة والعلماء من تحريم المتعة فى كل حال ، وبهذا يكون رأى جمهور الفقهاء هو

الراجح لقوة أدلتهم[1].

ب ـ الزواج المؤقت :

الزواج المؤقت هو الذى يقترن بصيغة تدل على تـأقيت الزواج بوقت معين محدود طال الوقت أو قصر . ولهذا كـان فى معنى زواج المتعة ، وإن شئت قل إنه من زواج المتعـة ، إذ أن الغرض من النكاح المؤقت هو عين الغرض من المتعـة، واقتران الصيغة بما يدل على التأقيت وتقييدها بالوقت جعلـها غير صالحة لإنشاء الزواج ، إذ العـبرة فـى إنشـاء العقـود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى [2]. فـإذا قـال رجـل لامرأة تزوجتك لمدة يوم أو أسبوع أو أكثر كان الزواج بـاطل لأن الزواج شرع لدوام العشرة وإقامة الأسرة وتربيـة الأولاد ، وذلك لا يكون على الوجه الأكمل إلا إذا كانت عقـدة النكـاح على التأبيد .

وذهب زفر بن الهذيل من أصحاب أبى حنيفة إلى القـول بصحة العقد وبطلان الشرط ، لأن النكاح لا تفسده الشـروط الباطلة ، كما لو قال: تزوجتك على أن أطلقـك بعـد عشـرة

---

(١) أحكام الأحوال الشخصية فى الشـريعة الإسـلامية ، للدكتـور / عبـد الرحمن تاج ، دار الكتاب العربى بمصر ، سنة ١٣٧٤ هـ ـ ١٩٥٥ م، ص ٥٧ ، ص ٥٨.

(٢) الأحوال الشخصية ، للشيخ / محمد أبى زهرة ، ص ٤٢ .

أيام[1] ، فيلغى الشرط وينعقد الـــزواج مؤبــدا ، لأن الصيغــة المذكورة فى ذاتها صالحة لإنشاء عقد الزواج ولكن اقترن بـــها شرط فاسد هو شرط التأقيت والنكاح المنعقد صحيحا لا تفســده الشروط الفاسدة فى المذهب الحنفى ، بخــــلاف المتعــة فــإن الألفاظ المستعملة فيها لا تدل على إنشاء عقد الزواج بل علـــى الاستمتاع فقط ، فافترقا من حيث وجود الصيغة المنشئة لعقــد الزواج فى النكاح المؤقت وعدم وجودها فى المتع .

أما جمهور الفقهاء فلا يفرقون فى الحكم بيـــن النكــاح المؤقت والمتعة من حيث أن المؤدى واحد فى كليــهما . ومــع هذا لو أن شخصا تزوج زواج متعة ، ووطئ زوجته فإنــــه لا يقام عليه الحد، لأن اختلاف الفقهاء فى نكاح المتعـــة يــورث الشبهة .

(١) المبسوط ، جـ ٥ ، ص ١٥٣ ، طبعة مطبعة السعادة بمصـــر ، أحكــام القرآن للجصاص ، جـ ٢ ، ص ١٥٣ .

الفرع الثاني
اشتراط عقد في عقد[1]

نكاح الشغار [2] :

نكاح الشغار : هو إنكاح المرأة بالمرأة لا صداق

---

(١) إذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطا يؤدى إلى الالتزام بعقد يحقق غرضا مشروعا ليس برا ، وذلك كما لو باع سلعة واشترط على المشترى أن يقرضه قرضا، أو يبيعه كذا ، أو يؤجره كذا ، أو يعيره كذا، يهبه كذا ، أو يزوجه ابنته . فإن هذا الشرط يكون باطلا عند جمهور الفقهاء : الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والزيدية ، والإباضية ، والظاهرية. وقد خالف في هذا الحكم الإمامية فقالوا بصحته.
(نظرية الشرط في الفقه الإسلامي ، أ . د ./ حسن علي الشاذلي ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، ص ٤٩٩ ــ ٥٠٠ .

(٢) الشغار ــ بكسر الشين ــ مأخوذ من شغرت البلد تشغر شغورا إذا خلت من السكان .

وقيل سمي بالشغار لقبحه تشبيها بالكلب يرفع رجله ليتبول ، لأنه أخلى هذا المكان من رجله . وقيل هو الرفع ، كأن كان واحد رفع رجله للآخر عما يريد . وقيل هو البعد كأنه بعيد عن طريق الحق .

وقد فسره الإمام أحمد بأنه فرج بفرج ، فالفروج كما لا تورث ولا توهب فلئلا تعاوض ببضع من باب أولى ، فهذا النكاح شغار من وجه دون وجه ، فإن سمي لكل واحدة صداق فليس بشغار لعدم خلو العقد من المهر ، ومن حيث شرط تزويج إحداهما بالأخرى فهو شغار .

(الروض المربع مع حاشية العنقري ، جـ ٣ ، ص ٨٩ ، تفسير القرطبي، جـ ٣ ، تفسير المنار ، جـ ٢ ، ص ٣٩٠ ، شرح أبي الحسن لرسالة أبي زيد مع حاشية العدوي ، جـ ١ ، ص ٤٦) .

بينهما، فهو قيام الولي بتزويج وليته لرجل على أن يزوجه هـذا الرجل الآخر وليته ولا مهر بينهما :

تحرير محل النزاع :

للشغار صورتان :

الأولى : أن يزوج الرجل أبنته لرجل آخر على أن يزوجه أبنتـه وليس بينهما صداق متفق عليه (١) .

والثانية : أن يشترط كل واحد من الوليين على الآخـــر أن يزوجه موليته ويضع كل واحدة مهر للأخرى ، مثل قـــول الولى للخاطب : زوجتك بنتى ــ مثلا ــ علـــى أن تزوجنـــى بنتك وبضع كل واحدة منهما صداق الأخرى .

فبالنسبة للصورة الأولى ــ هناك اتفاق بين الفقـــهاء أن الزواج صحيح ويكون كعقدى زواج لم يذكر فى كـــل واحـــدة

---

(١) لا يختص الشغار بإنكاح البنت ، بل يمتد إلى غير البنات من الأخـــوات وبنات الأخ وغيرهن .

لكن إذا لم يشترطا أن يكون بضع كل واحدة مهر للأخرى ، بأن قـــال زوجتك موليتى فلانة على أن تزوجنى موليتك فلانة ، فقال الآخر قبلـــت فإن ذلك يصح ، ويكون كعقدى زواج لم يذكر فى كل واحدة منهما مـــهر فيجب لكل واحدة من الزوجتين مهر مثلها ، ويكون ذلـــك مـــن بـــاب أن تسمية المهر ليست شرطا من صحة الزواج بل يصح الـــزواج إن سـمى المهر بأن قال الزوج مثلا : تزوجت موليتك على ألا مهر لـــها ، فقـــال ولى المرأة قبلت ، ويكون للزوجة المهر المسمى ــ لو سماه ــ أو مـــهر المثل ــ إذا لم يسم مهرا .

منهما مهر ، فيجب لكل واحدة من الزوجتين مهر مثلها .

ولو قال : زوجتك بنتى على أن تزوجنى بنتك فقبل :

فأصح الوجهين عند الشافعية الصحة لعدم التشريك فى البضع وليس فيه إلا شرط عقد وذلك لا يفسد النكاح ولكن يفسد المسمى ويجب لكل واحدة مهر المثل [1] .

ولو قال زوجتك أختى على أن تزوجنى أختك ومهر كل واحدة مائة .

ذهب الإمام أحمد : إلى صحة هذا الزواج استناد إلى حديث أبن عمر وقال الخرقى لا يصح [2] .

وعند الشافعية : هذا العقد باطل لكل منهما فى الأصح لوجود التشريع فى البضع [3] .

وعند المالكية : لو قال زوجنى ابنتك بخمسين على أن أزوجك ابنتى بخمسين . أن هذا النكاح يفسخ قبل البناء لا بعده على المشهور عندهم ولكل منهما الأكثر من مهر المثل والمسمى على المشهور .

وإن سمى لإحداهما مهرا دون الأخرى ، قال أبو بكر من الحنابلة / النكاح فاسد فيهما أى من سمي لها ومن لم يسمى لها مهر .

---

(١) المنهاج مع زاد المحتاج ، جـ ٣ ، ص ١٨٣ .

(٢) الكافى ، جـ ٢ ، ص ٥٨ .

(٣) المنهاج مع زاد المحتاج ، حـ ٣ ، ص ١٨٣ .

وقال القاضي : يجب أن يكون فى التى سمى لها مهرا روايتان :

فإن سمى لكل واحدة منهما مهر مستقل عن بضع الأخرى غير قليل حيلة صح النكاحان عند الحنابلة (١) .

وقيل أنه إذا كان صداقا قليلا جعلوه للحيلة ليحلوا به النكاح فهذا لا يجوز .

وعند المالكية : لو سمى لواحدة مهرا دون الأخرى مثل أن يقول : زوجنى ابنتك بخمسين على أن أزوجك ابنتى بغير شئ : أن هذا النكاح يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده ولها المسمى بعد الدخول ويفسخ نكاح التى لم يسم لها وليس لها إلا صداق المثل (٢) .

أما الصورة الثانية : وهى أن يشترط كل واحد من الوليين على الآخر أن يزوجه موليته ويضع كل واحدة مهر للأخرى أى لابد أن يكون بضع كل صداقا عن الآخر لكى يكون النكاح شغار حتى ولو لم يتلفظا بذلك ولا معناه .

بأن قال : زوجتك بنتى على أن تزوجنى بنتك فقبل أو على أن يكون بضع بنتى صداقا لبنتك فلم يقل الآخر ذلك بل زوجه بنته ولم يجعلها لم يكن شغارا بل نكاحا صحيحا اتفاقا

---

(١) الكافى ، جـ ٢ ، ص ٥٨ .

(٢) شرح ابن الحسن لرسالة ابن زيد ، جـ ١ ، ص ٤٦ .

وإن وجب مهر المثل فى الكل لما أنـــه ســمى مـــا لا يصلـــح صداقا[١] .

فذهب جمهور الفقهاء الشـــافعية [٢] والحنابلـــة [٣] فـــى رواية : إلى أنه زواج باطل فى النكاحين ، ويجب على جماعـة المسلمين أن يفسخوه متى علموا به ســـواء أكـــان ذلـــك قبـــل الدخول أو بعده .

وذهب الحنفية [٤] والزهرى والليـــث والثورى إلـــى أن هذه الصورة من باب عقد الزواج الذى أضيـــف إليـــه شـــرط باطل، فيصح العقد ويبطل الشرط ، ويجب لكـــل واحـــدة مـــن الزوجتين مهر المثل .

وذهب الإمام مالك : إلى أن هذا الـــزواج يفســـخ قبـــل الدخول بالطلاق على المشهور ولا يفسخ بعد الدخول .

وللمدخول بها صداق المثل ولا شئ لغير المدخول بها.

فمحل فسخ نكاح الشغار إذا توقف نكاح أحدهمـــا علـــى نكاح الآخر ، أما إذا لم يتوقف وسميا لكل واحـــدة صداقـــا أو

---

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين عليه ، جـ ٣ ، ص ١٠٦ .

(٢) المهذب ، جـ ٢ ، ص ٥٠ .

(٣) المغنى ، جـ ٦ ، ص ٤٠١ ، الروض المربع مع حاشـــية العنقـــرى ، جـ ٣ ، ص ٨٩ ، المحلى ، جـ ٩ ، ص ٣٠٢ .

(٤) بدائع الصنائع ، جـ ٢ ، ص ٣٠٣ .

دخلا على التفويض فلا فساد [(١)] .

الأدلة :

استدل جمهور الفقهاء الذين قالوا ببطلان هذا الزواج :

من الكتاب :

قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم ...)[(٢)]. فقد ذكر الله سبحانه وتعالى فى هذه الآية الكريمة المحرمات من النساء ومن ثم فلا يحل للرجل من النساء للزواج بهن إلا ماعدا هؤلاء مما أحل الله أو ملك اليمين .

فإذا ورد النهى عن شئ تأكد التحريم :

فيرى الشافعى ــ رضى الله عنه ــ أن منكوحة الشغار تلحق بما حرم الله من النساء فى قوله تعالى : " حرمت عليكم أمهاتكم " ، فيكون نكاح الشغار باطل .

من السنة :

روى ابن عمر ــ رضى الله عنه ــ أنه عليه السلام (نهى عن الشغار) ، والشغار ، أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق) [(٣)] .

---

(١) حاشية الدسوقى ، جـ ٢ ، ص ٢٨٠ ، شرح ابن الحسن لرسالة ابن زيد مع حاشية العدوى ، جـ ١ ، ص ٤٦ .

(٢) من سورة النساء : الآية (٢٣) .

(٣) هذا التفسير للشغار ، قيل أنه من كلام الراوى ، وقيل : أنه من كلام النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ بدليل ما أخرجه الطبرانى عن أبى بن =

ففى هذا الحديث بيان واضح وصريح مضمونه أن نكاح الشغار حرام وباطل .

وروى الأعرج عن العباس : أن عبيد الله بن العباس أنكح عبد الرحمن ابن الحكم ابنته وانكحه عبد الرحمن ابنته وكانا جعلا صداقا ، فكتب معاوية ابن أبى سفيان إلى مروان يأمره أن يفرق بينهما وقال فى كتابه ، هذا الشغار الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم [1].

الإجماع :

أجمع العلماء على تحريم نكاح الشغار لكنهم اختلفوا فى صحته .

ومن المعقول :

هذا العقد فاسد : لأنه جعل كل واحد من العقدين سلفا فى الآخر فلم يصح كما لو قال بعنى ثوبك على أن أبيعك ثوبى .

وقد فسره الإمام أحمد : بأنه فرج بفرج فالفروج كما لا

-- كعب مرفوعا : (لا شغار ، قالوا يا رسول الله ، وما الشغار ؟ قال : إنكاح المرأة بالمرأة لا صداق بينهما) .

(صحيح مسلم مع شرح النووى ، جـ ٩، ص ٢٢٤، سبل السلام ، جـ٣، ص ١٢٥ ، نيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ١٥٠ ، شرح رسالة ابن زيد مع حاشية العدوى ، جـ ١ ، ص ٤٦) .

(١) رواه أبو داود .

تورث ولا توهب فلئلا تعاوض ببضع من باب أولى [1].

وعند الشافعية : قال السبب فى بطلانه ، التشريك فى البضع ، حيث جعل مورد النكاح أى محله امرأة وصداقا لأخرى فأشبه تزويج واحدة من اثنين .

وقيل التعليق .

وقيل : الخلو من المهر .

واستدل من قال بصحة العقد وبطلان الشرط ، وكذلك من قال بعدم فسخ النكاح فى هذه الصورة بعد الدخول :

أن الشغار كان من أنحكة الجاهلية حيث كان الرجل منهم يزوج رجلا آخر إحدى مولياته ــ ابنته أو أخته ــ على أن يزوجه الآخر إحدى مولياته أيضا ويجعل كل منهما صداق من يتزوجها بضع التى يلى أمر زواجها فجاء إبطال ذلك بقول الرسول ــ صلى الله عليه وسلم : " لا شغار فى الإسلام " .

أما فى هذه الصورة فالأمر يختلف : فغاية الأمر أن الزواج فى هذه الصورة : زواج سمى فيه ما لا يصلح أن يكون مهرا ، وهو بضع الأخرى لأن المهر ، لا بد أن يكون متقوما ، وبضع كل واحدة من الزوجتين ليس من هذا القبيل ، والزواج لا يبطل بتسمية ما لا يصلح مهرا ، وإنما يجب بهذه

---

(١) الروض المربع مع حاشية العنقرى ، جـ ٣ ، ص ٨٩ .

التسمية مهر المثل وبالتالى لم يبق شغارا [١].

وهذه الصورة تختلف عن زواج الجاهلية الذى ورد عـن النبى صلى الله عليه وسلم إبطاله والمنع منه ، لأن أولئـك مـا كانوا يرجعون فى هذه الحالة إلى مهر المثل قط ،

وإنما كانوا يصرون باستمرار علي أن مهر كل واحـدة هو بضع الأخرى فلما خالفناهم فى نتائج هذا العقـد لـم نكـن استحللنا ما كانوا يفعلون مما ورد النهى عنه .

وعلى هذا الرأى فإن كان الشرط أن يكون مـهر كـل واحدة هو بضع الأخرى ، فإن الشرط يبطـل ويصـح العقـد ويجب مهر المثل حينئذ [٢].

الراجح :

أرى أن الراجح هو منع هذا النكاح مطلقا فيبطل العقـد ، ويجب عقد جديد بدون شرط أن مهر كل بضع الأخرى لظـاهر الأدلة التى استند إليها من قال ببطلان هذا الزواج . وللاحتيـاط فى هذا الأمر الخطير .

---

(١) الدر المختار ، جـ ٢ ، ص ٥١ .

(٢) زواج المتعة ، أ.د. أبو سريع محمد عبـد الـهادى ، الـدار الذهبيـة ، ص٨٥.

الفرع الثالث

زواج التحليل

اتفق الفقهاء على أن من طلق زوجته ثلاثا ، إنها لا تحل له حتى تنكح زوجا آخر غيره نكاحا صحيحا شرعا ، ويدخل بها الزوج الثانى دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضى عدتها منه شرعا ، لقوله تعالى : " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " .

وقد اختلف الفقهاء فى زواج التحليل الذى يراد به تحليل الزوجة لزوجها الذى طلقها ثلاثا وبانت منه بينونة كبرى [1].

وليس القصد من هذا الزواج الدوام والاستمرار وتكوين الأسرة لهذا الرجل الذى تزوجها ، وينحصر هذا الخلاف فى مذاهب ثلاثة :

المذهب الأول : ذهب الحنفية إلى اعتبار زواج التحليل زواجا صحيحا إذا لم يشترط التحليل فى العقد وتعود المرأة به حلالا لزوجها الأول بعد أن يدخل به الزوج دخولا حقيقيا ثم

---

(١) أرجع ابن رشد سبب الخلاف بين العلماء فى هذه المسألة إلى اختلافهم فى المراد باللعن الوارد فى قوله ــ صلى الله عليه وسلم : " لعن الله المحلل والمحلل له " . فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال النكاح صحيح، ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهى الذى يدل على فساد المنهى عنه قال النكاح فاسد . (بداية المجتهد جـ ٢ ص ٥٨) .

يطلقها وتنقضى عدتها منه ، وذلك لأن صيغة العقد قد وقعت وليس فيها ما يعود على العقد بالبطلان .

فإن شرط التحليل في العقد فيكون العقد صحيحا مع الكراهة كذلك عند أبى حنيفة ويترتب عليه الحل لزوجها الأول ولم يفسد العقد بهذا الشرط الفاسد ، لأن الشروط الفاسدة لا يترتب عليها فساد العقد عند أبى حنيفة وإنما يبطل الشرط فقط ويبقى العقد صحيحا وتترتب عليه آثاره . فتحل الزوجة للزوج الأول بعد طلاقها من الزوج الثاني أو موته عنها وانقضاء عدتها [1].

واستدلوا على ذلك بقوله ـ صلى الله عليه وسلم : "لعن الله المحلل والمحلل له " [2] .

فهذا الحديث الشريف قد دل على أن النكاح بشرط التحليل صحيح لأنه سماه محللا والمحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسدا لما سماه محللا ، وكونه ملعونا لا يستلزم الفساد ، بل يستلزم الحرمة وجزاؤها العقاب الأخروى ، ولا تلازم بين لزوم الآثم والصحة فالحكم بالصحة مع لزوم الآثم واقع فى الأحكام الشرعية عبادة ومعاملة .

المذهب الثانى : ذهب الشافعية وأبو ثور إلى القول بصحة زواج التحليل إذا خلا العقد عن شرط التحليل ، ولو

---

(١) فتح القدير ، جـ ٣ ، ص ١٧٨ ، ابن عابدين ، جـ ٢ ، ص ٥٥٤ .

(٢) أخرجه أبو داود فى سننه ـ كتاب النكاح باب فى التحليل ٢/٢٣٤ ح ٢٠٧٦ عن على ـ رضى الله عنه ، ط دار الحديث بالقاهرة .

وأخرجه الترمذى فى سننه ـ كتاب النكاح باب ما جاء فى المحل والمحلل له ٣/٤١٩ ح ١١٢٠ عن ابن مسعود وقال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح ، ط دار الحديث تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى وغيره .

كان هناك شرط قبل العقد أو بعده وبعدم صحته إذا كان الشرط منصوصا عليه فى العقد لأنه ضرب من نكاح المتعة[1].

المذهب الثالث : ذهب المالكية والحنابلة إلى القول بفساد زواج التحليل مطلقا أى سواء كان التحليل مشروطا فى العقد أم غير مشروط فيه ، وإنما شرط قبله أو بعده . أو كان منويا فقط من غير اشتراط .

وعلى هذا لا يجوز لمن فعله أن يدخل بالمرأة التى عقد عليها ليحلها لزوجها ولا تحل به الزوجة لزوجها الأول بعد الطلاق من الثانى وانتهاء العدة .

واستدل أصحاب هذا المذهب بقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم : " لعن الله المحلل والمحلل له " ، فلعنه إياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر ، وذلك يدل على النهى والنهى يدل

---

(١) قليوبى وعميرة ، جـ ٧ ، ص ٣٤٧ .

قال القرطبى : وحكى الماوردى عن الشافعى أنه إن شرط التحليل قبل العقد صح النكاح وأحلها للأول ، وإن شرطاه فى العقد بطل النكاح ولم يحلها للأول ، قال وهو قول الشافعى وقال الحسن وإبراهيم ، إذا علم أحد الثلاثة بالتحليل فسد النكاح ، وهذا تشديد وقال سالم والقاسم لا بأس أن يتزوجها ليحلها إذا لم يعلم الزوجان وهو مأجور ، وبه قال ربيعة ويحيى بن سعيد ، وقاله داود بن على إذا لم يظهر ذلك فى اشتراطه فى حين العقد . (الجامع لأحكام القرآن ، جـ ٢ ، ص ٩٥٧) .

على فساد المنهى عنه ، واسم النكاح الشرعى لا ينطلق على النكاح المنهى عنه [1].

واستدلوا على تحريمه لمجرد النية بأن القصود فى العقود عندهم معتبرة والأعمال بالنيات والشرط المتواطئ عليه الذى دخل عليه المتعاقدان كالملفوظ عندهم والألفاظ لا تراد لعينها ، بل على المعانى فإذا ظهرت المعانى والمقاصد فلا عبرة بالألفاظ لأنها وسائل وقد تحققت غايتها ، فترتبت عليها أحكامها ، وكيف يقال : إن هذا الزواج تحل به الزوجة لزوجها الأول مع قصر التوقيت وليس له غرض فى دوام العشرة ، ولا ما يقصد بالزواج من التناسل وتربية الأولاد ، وغير ذلك من المقاصد الحقيقية لتشريع الزواج ، كما أن هذا الزواج الصورى كذب وخداع لم يشرعه الله فى دين ولم يبحه لأحد ، وفيه من المفاسد والمضار ما لا يخفى [2].

ويتضح لى من خلال عرض مذاهب الفقهاء حول حكم زواج التحليل أن اشتراط التحليل حرام بالاتفاق . لكن الخلاف بينهم حول مدى تأثير الشرط فى العقد . فهذا الشرط من الشروط التى نهى الشارع عنها .

وقد وردت عدة أدلة تؤكد هذا النهى الذى يفيده التحريم

---

(١) بادية المجتهد ونهاية المقتصر ، جـ ٢ ، ص ٨٨ .

(٢) المحلى ، جـ ٩ ، ص ٣٠١ ، زاد المعاد ، جـ ٤ ، ص ٧ ، ٨ ، أعلام الموقعين ، جـ ٣ ، ص ٣٤ .

ومن هذه الأدلة .

١ ـ عن ابن مسعود قال : (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له) .

٢ ـ عن أبى هريرة أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : " لعن الله المحلل والمحلل له " .

٣ ـ عن عقبة بن عامر قال : قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم : " ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا بلى يا رسول الله ، قال ، هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له " .

٤ ـ عن ابن عباس أن رسول الله ـ صلى عليه وسلم ـ سئل عن المحلل فقال : " لا " ، إلا نكاح رغبة لا دلسه ولا استهزاء بكتاب الله تعالى حتى تذوق عسيلته ،

٥ ـ روى النسائى عن عبد الله قال : (لعن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ الواشمة والمستوشمة والواصلة والمستوصلة وآكل الربا وموكله والمحلل والمحلل له) .

ويمكن إجمال الأسباب التى أدت إلى بطلان أو فساد هذا النوع من الشروط (الشروط التى نهى الشارع عنها) :

١ ـ لكل عقد من العقود آثار تترتب على انعقاده صحيحا .

ومن المسلم به أن آثار عقد الزواج فى ظل التشريع الإسلامى إنما هى من عمل المشرع جل جلاله حيث تقتصر إرادة الراغب فى الزواج على الدخول فى المركز القانونى

المنظم من قبل لهذا العقد بمقتضى إرادة الشارع تبارك وتعالى[1].

وليس له الحق فى إدخال أى تعديل على هذه الآثار . فالمطلوب من الزوجين هو الإذعان لهذا الآثار لأن الإذعان شرط فى الإيمان بالله .

فقد ورد فى القرآن الكريم آيات كريمة ترسم لنا طريقة معرفة حكم الله والالتزام به فى تقبل ورضا لا يلابسهما أى عناد أو أى تبرم ، قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم فى شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا . ألم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ، ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيدا وإذا قيل لهم تعالوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول رأيت المنافقين يصدون عنك صدودا فكيف إذا أصابتهم مصيبة بما قدمت أيديهم ثم جاءوك يحلفون بالله إن أردنا إلا إحسانا وتوفيقا . أولئك الذين يعلم الله ما فى قلوبهم فأعرض عنهم

---

(١) وليس ذلك بغريب حتى فى نطاق جانب من التشريعات الوضعية كما هى الحال فيما سنة القانون الإدارى من تحديد للمركز القانونى للموظف العمومى مثلا حيث تقتصر إرادة الراغب فى الوظيفة على الدخول فى المركز القانونى المنظم من قبل بمقتضى إرادة المشرع الوضعى .

وعظمهم ، وقل لهم فى أنفسهم قولا بليغا . وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله ، ولو أنهم إذ ظلموا أنفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول ، لوجدوا الله توابا رحيما. فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما . ولو أنا كتبنا عليهم أن اقتلوا أنفسكم أو اخرجوا من دياركم ما فعلوه إلا قليل منهم ، ولو أنهم فعلوا ما يوعظون به لكان خيرا لهم وأشد تثبيتا . وإذا لآتيناهم من لدنا أجرا عظيما . ولهديناهم صراطا مستقيما . ومن يطع الله والرسول فأولئك مع الذين أنعم الله عليهم من النبيين والصديقين والشهداء والصالحين وحسن أولئك رفيقا ، ذلك الفضل من الله وكفى بالله عليما "[١].

فهذه الآيات الكريمة تسبح هذا السبح الطويل فى تقرير ذلك المبدأ ، مبدأ إرجاع التشريع كله لله تعالى ، عن طريق الرجوع إليه فيما أنزل والرجوع إلى رسوله فيما بلغ أو بين ، والرجوع إلى أولى الأمر فيما يستنبطون تطبيقا للنصوص ، وتنزيلا على القواعد والمصالح ، فإنهم بذلك موقعون عن الله رب العاملين ، وليسوا مشرعين ، أو هم ـ بتعبير آخر ـ مظهرون لحكم الله بعد التأمل فى مصادره والتعرف عليه ، لا منشئون لأحكام من عندهم .

---

(١) من سورة النساء : الآيات (٥٩ ــ ٧٠) .

وفى سبيل تركيز هذا المعنى تتحدث هذه الآيـــات عـــن المنافقين الذين يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت ـ وكل مـــا سوى الله ممن يرجع إليه بالباطل ، أو يؤخذ حكمه ، ويخضـــع لسلطانه بالباطل ، فهو طاغوت ـ فالآيات تعجب الرسول مـــن هؤلاء الذين يزعمون الإيمان بما أنزل إليه وما أنزل من قبلـــه، وهم فى الوقت نفسه يرجعون إلـــى غـــير الله ورســـوله فـــى التحاكم، وإذا دعوا إلى الله ورسوله أبوا وأعرضـــوا وصـــدوا عن السبيل ، ثم تقرر فى حكم حاسم نفى الإيمان عن كل مـــن يأبى تحكيم الرسول ، الذى هو تحكيم الله ، وعـــن كـــل مـــن يرفض حكم الرسول ولا يؤمن به إيمانـــا خالصـــا صادقـــا لا يشوبه حرج فى الصدور ، ولا التواء فى القبول ، ثـــم تنتـــهى إلى المبدأ فى النهاية ، كما صدرت به فى البداية ، فتعلـــن أن طاعة الله ورسوله هى الأساس الذى يكون به الفضل والنعمـــة وحسن العاقبة [1].

* ونرى جانبا شبيها بهذا أيضا فى الآية الخامسة عشـــرة بعد المائة من سورة النساء ، حيث يقول الله جل شأنه : " ومـــن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غـــير ســـبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا " .

---

(١) المجتمع الإسلامى كما تنظمه سورة النساء ، لفضيلـــة الشـــيخ / محمـــد محمد المدنى ، الطبعة الثانية ١٤١١ هـ ـ ١٩٩١ م ، ص ٤٢ وما بعدها.

فذلك أيضا تحذير من مشاقة الرسول ومباينته ، واتبـــاع غير سبيل المؤمنين ، وأصل المشاقة أن تكون فى شـــق مــن غير شق صاحبك ، والمراد أن هناك ســـــنة متبعـــة ومبـــادئ مقررة للإسلام أساسها اتباع هدى الرسول واختيار شقة وجانبـه الذى يكون فيه ، لأنه مبلغ عن الله ، مبين لحكم الله ، مصـــدر عن أمر الله ، مسدد من الله ، فمن ترك هذا المبدأ فقـــد شـاق الرسول واتبع غير سبيل المؤمنين ، فإذا كان هذا بعد التبييــن والعلم النافى للريب ، القاطع للحجة فإن خطره عظيم ، حيــث يوعد الله تعالى فاعله بأن يتركه إلى نفسه ، ويملـــى لــه فــى ضلالته ، ويذره فى غلوائه وباطله ، ثم يصليــه فــى الآخــرة العذاب الشديد عذاب جهنم " وساءت مصيرا " .

* وكذلك نرى جانبا هاما تحرص عليه آيـــات القــرآن الكريم ، ذلك هو تذييل ما جاءت به مـــن المبـــادئ والأحكـام والتوجيهات بإثبات صفات الله تعـــالى التـــى تغـرس الهيبـــة والمحبة والرضا فى نفوس المؤمنين ، وتقر فيهم مبدأ (لا حكـم إلا لله) إقرارا مبنيا على معرفة من هو الله .

وتلك حكمة بالغة ، فيها مراعاة للقلوب ، وفيها سياســـة نفسية إنسانية عالية ، فإن الإنسان إذا ذكر بأن الذى يشرع لـــه، ويوجهه ، ويقرر المبادئ التى تصلحه ، ذو صفات تتناسب مــع هذه السلطة وتتحقق بها هذه الهيمنة ، فإنه يكون أكـــثر تقبـــلا، وأعظم امتثالا ، وأبعد عن التمرد والعصيان وتجاوز الحدود .

وهذا التذييل بذكر صفات الجلال والجمال التى لمولانا جل شأنه ، هو خاصة من خواص القرآن الكريم عامة فى جميع سوره ، لا فرق بين المدني منها والمكى ، وهي خاصة جعلت لهذا الكتاب المبين مزية الربط بين التكاليف والضمير الإنسانى المستمد من الإيمان الصادق ، ولم تترك التكاليف جافة ثقيلة . يلقى به إلقاء ، ويقسر الناس عليها قسرا خاليا من مناشدة العقول والقلوب . كما هو الشأن في القوانين الوضعية البشرية .

وسورة النساء فى الكثرة الكاثرة من آياتها مظهر كامل صادق لهذه الخاصة القرآنية العظيمة : فأول آية منها ذيلت بقوله تعالى : " إن الله كان عليك رقيبا " ، ومن هذا الوصف، ومن كونه جاء تذييلا لأول آية ، نفهم أن الله تعالى يريد أن يغرس فى نفوس عباده من أول الأمر مهابته والحذر من رقابته ، والمجتمع الذى يرسخ فيه هذا ، هو المجتمع الذى يكون فيه ميزان التعامل منضبطا مستقيما كما لو كان كل عضو فيه يستصحب معه من يراه في جميع تصرفاته ، ويتبعه فى كل غدواته وروحاته .

وقد جاء التذييل بمثل هذا المعنى فى آيات من سورة النساء ، مثل قوله تعالى بعد الأمر بدفع الأموال لليتامى إذا بلغوا النكاح: " وكفى بالله حسيبا " ، وقوله بعد بيان أن الشفاعات منها ما هو حسن ومنه ما هو سيئ ، وأن لكل شافع

نصيباً وكفلا من شفاعته : " وكان الله على كل شئ مقيتــا " ــ أى مقتدراً ، حافظاً ، شاهدا ــ وقوله تعالى بعد الأمر بمقابلــة التحية بأحسن منها أو بمثلها على الأقل : " إن الله كــان علــى كل شئ حسيبا " ، وقوله تعالى بعد الكلام على بعــض شــئون النساء واليتامى والمستضعفين من الولدان : " وما تفعلــوا مــن خير فإن الله كان به عليما " ، وقوله بعد توجيه الزوجين إلــى الصلح ، والإيحاء بالتوسل إليه عن طريق الإحسان والبــذل : "وأحضرت الأنفس الشح ، وأن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بمــا تعملون خبيراً " .

أما التذييلات الدالة على العلــم المحيــط ، والرحمــة الشاملة ، والحكمة التامة والعزة والقــدرة ، فــهى كثــيرة ، ويكفى أن نقرأ سورة واحدة من سور القــرآن وهــى ســورة النساء لنرى كل آية من آياتها تقريبــاً ، تنــهى بتذييــل منــها مناسب لموضوعه تمام المناسبة .

ومن ذلك : " إن الله كان عليماً حكيمــاً " ، " والله عليــم حليم " ، " إن الله كان غفوراً رحيما " ، " إن الله كان بكل شــئ عليما " ، " إن الله كان علياً خبيراً " ، " إن الله كان علــى كــل شئ شهيدا " ، " إن الله كان علياً كبيرا " ، " إن الله كان عفــواً قديراً " ، " إن الله كان عزيزاً حكيما " ، " إن الله كــان ســميعاً بصيراً " ، " لوجدوا الله تواباً رحيما " ، وكفى بالله عليمــا " ، "وكفى بالله شهيدا " ، " وكفى بالله وكيلا " ، " وكــان الله بكــل

شئ محيطا " ، " فإن العزة لله جميعا " ، " وكـــان الله شـــاكرا عليما " .... الخ

٢ـ إنها تحلل الحرام وتحرم الحلال : هذا النوع من الشـــروط يحل الحرام ويحرم الحلال، وبالتالى يكون هو الشرط الـذى أشار إليه الرسول صلى الله عليه وسلم إلى عـــدم جـــوازه بقوله صلى الله عليه وسلم : "المسلمون على شـــروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما". مثـــال ذلـــك : الشـــرط الذى يجعل الرجل يتنازل عن القوامة لزوجته .

٣ـ هذا النوع من الشروط يتضمن إسقاط حق يجب بـــه قبـــل انعقاده [1].

٤ـ هذا النوع من الشروط يؤدى إلى الظلم الـــذى حرمـــه الله سبحانه وتعالى مثال ذلك الشرط الـــذى يجعـــل الرجـــل لا ينفق على زوجته أو يجعلها هى تنفق عليه أو الشرط الـذى يجعله لا يعدل بين زوجاته إذا كان متزوجـــا بـــأكثر مـــن واحدة .

٥ـ هذا النوع من الشروط يؤدى إلى خلل واضطـــراب فـــى أحوال الأسرة .

لأنه من المسلم به أن فقه النصوص الشرعية لا ينفصـــل عن فقه الواقع ومن ثم فإن انفصال أحدهما عن الآخر يســـتتبع

---

(١) المقنع ، جـ ٣ ، ص ٤٩ ، الروض المربع ، جـ ٣ ، ص ٩٠ .

خللا لا تكون به الفتوى الشرعية واقعة موقعها الصحيح . وخاصة التشريعات المتعلقة بشئون الأسرة فإنها تهدف أول ما تهدف إلى الحفاظ على كيان الأسرة ابتداء بمقتضى ما تسنه من أحكام تحقق التوازن بين الحقوق والواجبات ومن ثم فإن كل شرط يعمل على حماية طرف دون آخر ،سوف يستتبع خللا تكون الأسرة هى ضحيته وبالتالى يكون مثل هذا الشرط محققا لعكس مقصوده .

مثال ذلك اشتراط جعل القوامة للمرأة داخل الأسوة ، أو اشتراط الزوج قيام الزوجة بالإنفاق على الأسرة ، أو خروجها من المنزل لسبب وبدون سبب بدون إذن الزوج .

ولاشك أن الأسرة هى المجتمع الصغير الذى يتربى فيه الإنسان ، وينشأ من أول عهده بالحياة فى أحضانه ، ينطبع بطابعه ، ويرى الأشياء بعينه ، ويتعرفها عن طريق أحكامه وميوله واتجاهاته وما له من إيحاء حين يستحسن ما يراه حسنا أو يستقبح ما يراه قبيحا إلى غير ذلك .

ولذلك أدرك علماء الاجتماع أن البيت هو الينبوع الأول الذى يمد الأمة بالرجال والنساء وأنه إذا كان هذا الينبوع طيبا صافيا خاليا من الشوائب المفسدة، كان إمداده خيرا على الأمة، وزادا لها من الأفراد الصالحين الطيبين الذين يصبحون فى مجتمعها الأكبر لبنات قوة ، وحلقات تعاون ودعاة فضيلة ، ودعائم نظام ومصادر سعادة ، وإذا كان هذا الينبوع مشوبا

بالشوائب قائما على الفوضى والإهمال ، فإن إمداده يكون شـــرا على الأمة وخطرا على مقوماتها ونكدا ووبالا على مجتمعها.

وهذا المعنى يقرره القرآن الكريم حيث يقول : " والبلـــد الطيب يخرج نباته بإذن ربه والذى خبث لا يخرج إلا نكـدا"(١). فهذا مثل ضربه الله تعالى لكل مصدر من المصادر التى تمـــد الناس ، فإذا كان هذا المصدر طيبا كان إمداده طيبا وإذا كـــان خبيثا كان إمداده خبيثا (٢) .

٦ـــ لاشك ، إن عقد الزواج سيكون مع وجود هـــذه الشـــروط أشبه ما يكون بعقد الإذعان المدنـــى ، حيـــث إن الحاجـــة الماسة إلى الزواج فى كثير من الأحيان تجعل الزوج يقبـــل هذه الشروط تحت ضغط الحاجة إليه ، وبخاصة إذا انعـــدم التكافؤ بين الراغبين فى الزواج .

وما من شك فى أن تجرع الزوج ما يكره تحت ضغـــط الحاجة الماسة سيحيل الحياة الزوجية إلى جحيم بـــدلا مـــن أن تكون حياة مودة ورحمة وتعاون وأمان .

إنه من المسلم به أن مجتمعنا يعانى مـــن أزمـــة زواج لأسباب معروفة ، كما أن استقراء الواقع الاجتماعى ينبئ عـــن أن فطرة الرجل فى المجتمع المسلم تســـتنكف عـــن الالـــتزام

---

(١) من سورة الأعراف : الآية (٥٨) .

(٢) المجتمع الإسلامى كما تنظمه سورة النساء ، ص ١٨٢ .

بشروط يتصور أنها تمثل مساسا بكرامته ، فضلا عن حقوقه الزوجية . وذلك هو ما يؤدى بدوره إلى مضرة عامة وبخاصة فى جانب المرأة تتمثل فى أمرين :

أ ـ انتشار الزواج العرفى تحت ضغط الحاجة الفطرية إلى الزواج ، ولا ريب أن ذلك يمثل خطورة على مستقبل الزوجة وبخاصة مع انحسار رقابة الضمير الذى كان يمثل قيدا عاصما من الإخلال بحقوق الزوجة .

ب ـ زيادة عنوسة النساء وهو ما يستتبع إهدار الحق الأول للمرأة فى أن يكون لها زوج .

إن العلاقة الزوجية لها من الخصوصية ما يجعلها أسمى من أن تكون علاقة يتحدد مصيرها على ضوء ما يجنيه كل طرف فيها من الربح والخسارة ، وذلك فضلا عن أن تلك الخصوصية كثيرا ما يصعب معها الوصول إلى الحقيقة العارية بشأن الأحوال الداخلية للزوجين ، وهو ما قد يفتح الباب إلى التقول بغير حق بغية الانتصار للهوى الشخصى .

المطلب الثالث

مدى تأثر عقد الزواج من اقتران

الشرط الغير صحيح به

عرفنا مما سبق أن جمهور الفقهاء متفقون على أن الشروط التي تتنافى مع مقتضى العقد ومقاصده وتؤدي إلى إخلال بمقصوده الأساسي شروط فاسدة لا يجب مراعاتها ولا يصح العمل بها ورغم ذلك الاتفاق بين الفقهاء فإن هناك خلافا بينهم حول مدى تأثر العقد بهذه الشروط الفاسدة أو عدم تأثره على قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية [1] والظاهرية : إلى بطلان الشرط وصحة العقد . أي أن فساد هذه الشروط قاصر عليها فلا يتعدى الفساد إلى عقد النكاح ذاته فيصح العقد ويبطل الشرط .

بناء على ذلك إذا تزوج الرجل والمرأة واشترط عليها أن لا مهر لها يكون العقد صحيح والشرط باطل .

واستدلوا على ذلك :

بأن الزواج عقد معاوضة كالبيع فيكون المهر كالثمن

---

(1) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ، جـ ٣ ، ص ٥٣ ، المحلى ، جـ ٩ ، ص ٥١٦ .

والبيع بشرط أن لا ثمن لا يصح فكذا الزواج بشرط الأمهر .

ويمكن رد هذا الاستدلال : بأن هذا قياس مـــع الفـــارق لأن الثمن ركن البيع فلا يتم بدون ركنه أما المهر فليس ركنـــا فى الزواج .

القول الثانى : يبطل الشرط ويبطـــل النكـــاح : فـــيرى الشافعية أن فساد الشرط يتعدى إلى ذات العقد فيفســـد الشـــرط والعقد معا .

فالشرط إذا كان منافيا لمقتضى العقد أو مخلا بمقصـــوده الأصلى فإن الفساد لا يقتصر على الشرط بـــل يتعـــدى إلـــى النكاح فيفسده أيضا كما لو شرط أحد الزوجيـــن خيـــارا فـــى النكاح فإنه يبطل النكاح ، لأن النكاح مبناه على اللزوم فشـــرط ما يخالف قضيته يمنع الصحة [١] .

ويقول ابن دقيق العيد: أن قوله ــ صلى الله عليه وسـلم: "أحق الشروط أن توفوا به .. " قاصر على الشروط التى هـــى من مقتضيات النكاح ، وهى تلك الأمور التى لا تؤثر الشـــروط فى إيجادها ، وسياق الحديث يقتضى الوفاء بها .

والشروط التى هى من العقد مستوية فى وجوب الوفـــاء بها [٢] .

---

(١) زاد المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٢٨٧ .

(٢) نيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ٢٨١ ، أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكـــام لابن دقيق العيد ، جـ ٤ ، ص ٣٣ .

وعند المالكية : إذا شرط الزوج فـي النكـاح خيـارا .
والحال لا يخلو إما أن يكون الاشتراط قبل الدخول أو بعده فـإن كان اشتراط الخيار قبل الدخول فإن عقد الزواج ينفسخ وجوبـا وسواء فى ذلك ما إذا تزوجها على خيار يوما أو أكثر للـزوج أو الزوجة أو لغيرهما ، وسواء اشترطه الولى أو غيره .

أما إذا كان اشتراط الخيار بعد الدخول فلا ينفسخ النكـاح بل يثبت ويجب المهر المسمى فى العقد .

وعند الحنابلة فى رواية : مثل هذه الشروط فاسدة فـى نفسها ولكنها لا تفسد عقد الزواج لأن مثل هذه الشروط تنـافى مقتضى العقد وتضمنه إسقاط حق يجب به قبل انعقاده ويصـح النكاح .

لأن هذه الشروط تعود لمعنى زائد فى العقد لا يشـترط ذكره ولا يضر الجهل به فيه ، قياسا على إسقاط الشفيع شـفعته قبل البيع كما لو شرط فى العقد صداقا محرما .

ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض ، فجاز أن ينعقـد مع الشرط الفاسد كالعتاق .

وفى رواية عن الإمام أحمد والشافعية : أنـه إذا شـرط فى النكاح خيارا أو إن جاء بالمهر فى وقت كذا وإلا فلا نكـاح بينهما أن النكاح يبطل أيضا [1] . وكذلك نكاح الشغار والتحليـل

---

(١) المقنع، جـ ٣، ص ٤٩، الروض المربع ، جـ ٣، ص ٩٠، المغنى، =

والمتعـــة.

لأن عقد الزواج شرع لترتيب أحكامـــه وآثـــاره فـــور إنشائه بدون تأخير ، فيجب أن تكون الصيغة كاملة فى الإنشـــاء فى الحال . وفى اقتران العقد بشرط الخيار ما يتنافى مع ذلـــك، لأن استقرار العقد وعدم استقراره يكون حينئذ متوقفا على مـــن له حق الخيار .

وإذا كان شرط الخيار جائزا بالنسبة لعقود المعـــاملات المالية ، فلأنها تخلو من المراحل الممهدة لها وذلـــك بخـــلاف عقد الزواج ، فقد أحاطه الشارع بمقدمات تتمثل فـــى مرحلـــة الاختيار ومرحلة الخطبة ، وعن طريقهما يتمكن كـــل طـــرف من الحصول على المعلومات الكافية عـــن الطـــرف الآخـــر ، بحيث يقدم على إجراء العقد بعد ذلك وهو مطمئـــن النفـــس ، آمن من المفاجآت غير المتوقعـــة ، أو التـــى لـــم تكـــن فـــى الحسبان[1] .

--- جـ ٧ ، ص ٤٥٠ ، روضة الطالبين ، جـ ٧ ، ص ٢٦٦ .

(١) أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى ، ص ٣١٠ .

المبحث الثالث
الشروط المقترنة بعقد النكاح
ومحل خلاف بين الفقهاء

تمهيد :

الشروط التى هى محل خلاف بين الفقهاء هي الشروط التى ليست من مقتضيات العقد ولا من مستلزماته . كما أنها فى نفس الوقت لا تنافيه ولا تخل بمقصد من مقاصده ، ولم يرد بشأنها نص بأمر أو نهى ، ويكون فيها منفعة للمشترط .

فقد اختلف الفقهاء فى صحة هذا الشرط وفساده أو لزومه وعدم لزومه ، مع اتفاقهم على أنه لا يؤثر فى صحة العقد حال مراعاته أو عدم مراعاته ، وإنما يثبت خيار الفسخ عند عدم مراعاته عند القائلين بصحته ولزومه لمن اشترطه من الزوجين .

ومن أمثلة هذه الشروط اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا ينقلها من دارها أو بلدها ، أو لا يسافر بها إلى بلد آخر ، أو ألا يفرق بينها وبين أولادها أو بينها وبين أبويها ، أو أن ترضع ولدها الصغير من غيره .

أو أن يشترط الزوج فى المرأة التى يريد الزواج بها أن تكون بكر ، أو جميلة ، أو نسيبة ، أو متعلمة ونحو ذلك .

وأشير فيما يلى إلى أهم هذه الشروط فى أربعة مطالب:

المطلب الأول : اشتراط الرجل على من يريد الزواج بها وصف معين .

المطلب الثانى : اشتراط الزوجة على زوجها طلاق ضرتها .

المطلب الثالث : اشتراط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من دارها .

المطلب الرابع : اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها.

المطلب الأول

اشتراط الرجل فيمن يريد الزواج بها وصف معين(١)

هذا الشرط من الشروط التى يكـون فيـها نفـع لأحـد المتعاقدين . ويمكن بيان حكمه من خلال قواعد الخيارات فـى الفقه الإسلامى ، وهل يثبت الخيار فى عقد النكاح أم لا .

أولاً : هل يثبت خيار الشرط فى عقد النكاح ؟ :

اتفق الفقهاء القائلون بمشروعية خيار الشـرط علـى أن

---

(١) هذا الشرط يندرج تحت اسم خيار من الخيارات .

والخيارات جمع خيار ، وهو اسم من الاختيار ، والمـراد بـه هنـا اختيار إمضاء العقد أو فسخه ، وتنقسم الخيارات إلى قسمين : قسم يثبـت بالشرط ، ويُقال له خيار الشرط ، أى الخيار الذى سببه الشـرط ، وقسـم يثبت بسبب آخر ، والأسباب متعددة .

وهذا الخيار هو (خيار فوات الوصف المرغوب فيه) ، كأن يشـترى بقرة على أنها حلوب ، أو فرساً على أنه من خيل السباق ، أو فص خـاتم على أنه ياقوت أحمر فإذا به ياقوت أصفر ، كان المشترى مخيراً فى هـذه الحالة بين أخذ المبيع بكل ثمنه أو رده على البائع ، وذلك لفوات الوصـف المرغوب فيه ، ولو اصطلح المشترى مع البائع على أن يعطيـه البـائع شيئاً من النقود فى مقابلة الوصف الغائب وكذا فى مقابلة النقص بـالعيب جاز هذا واعتبر خطأ من الثمن . والخيار هنا كخيار العيـب ، إذ فـوات الوصف المرغوب فيه يجعل المبيع فى حكم المعيب بسـبب فـوات ذلـك الوصف .

هذا الخيار يدخل عقود المعاوضات اللازمة التى لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما فى مجلس العقد على خلاف بين هؤلاء فى الفروع [1] .

أما العقود اللازمة الواردة على العين التى يشترط فيها قبض البدلين أو أحدهما فى مجلس العقد فلا يجوز شرط الخيار فيها كالصرف وبيع الربوى بجنسه والسلم ، لأنه لو جاز لجاز تفرق العاقدين قبل تمام العقد وهذا لا يجوز فى تلك العقود .

أما العقود اللازمة الواردة على المنفعة كالنكاح والإجارة وكذا المساقاة والمسابقة على القول باللزوم فلا يثبت فيها خيار الشرط على المعتمد .

هل يثبت خيار الشرط فى عقد النكاح ؟

عند الأحناف : لا يثبت خيار الشرط فى عقد الزواج .

فلو اشترط أحد الزوجين فى عقد الزواج أن يكون له الخيار فى إتمام هذا العقد أو فسخه خلال مدة معينة ، فإن العقد ينعقد صحيحاً وينفذ فى حق الجميع ولكن يبطل خيار الشرط .

واستدلوا بما روى عن جمع من الصحابة ومنهم عبد

---

(١) رد المحتار ، جـ ٤ ، ص ٥٠ ، البحر الرائق ، جـ ٦ ، ص ٤ ، بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ٢١١ ، المجموع ، جـ ٩ ، ص ١٨٦ ، نهاية المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٩٥ ، ٨٧ ، المغنى ، جـ ٣ ، ص ٥٩٤ ، ٥٩٥ .

الله بن مسعود قال : (لا ترد الحرة عن عيب) . وقال الإمام على ـ كرم الله وجهه : (إذا وجد بامرأة شيئاً من هذه العيوب فالزواج لازم للزوج إن شاء طلق وإن شاء أمسك) .

ومع هذا فإن أصحاب هذا المذهب يثبتون للزوجة خيار العيب [١] ، فلها حق فسخ عقد الزواج إذا ثبت أن الزوج عنيناً أو مجبوباً أو خصياً ؛ لأنها لا تستطيع أن تدفع عنها الضرر من جراء هذا العيب ، لأن الطلاق بيد الزوج الذى يمكنه دفع هذا الضرر فى أى وقت شاء .

وعند المالكية [٢] : إذا شرط الزوج فى النكاح خياراً ،

---

(١) العيب فى اللغة الوصمة كالمعاب والمعابة ، يُقال عاب يعيب من باب سار فهو عائب وعابه صاحبه فهو معيب . واستعمل العيب اسماً وجمع على عيوب . (القاموس المحيط ، مادة عيب) .

والعيب المقصود هنا هو حق للعاقد بمقتضاه عند اطلاعه على عيب يجهله بالمعقود عليه ولاية فسخ العقد وإمضائه .

وقد اتفق الفقهاء على ثبوت هذا الخيار فى الجملة ، كما اتفقوا على أن خيار العيب يثبت للعاقد فى عقود المبادلات التى يقصد منها العوض كالبيع والإجارة. (رد المحتار ، جـ ٤، ص ٩٣، بداية المجتهد ، جـ ٢، ص ١٧٢ ، نهاية المحتاج ، جـ ٣ ، ص ١١٨) .

(٢) ذهب المالكية : إلى أن كل شرط ينافى مقتضى العقد أو يخل بشرط من الشروط المعتبرة فى صحته شرعاً يعتبر شرط فاسد ويفسد العقد . ومثال هذا الشرط : اشتراط الرجل أنه بالخيار فى فسخ النكاح فى مدة معلومة . (فتاوى الشيخ عليش ، جـ ١، ص ١٩٨ ، الالتزامات للحطاب ، جـ ١، ص ٣٠٢) .

فالحال لا يخلو : إما أن يكون الاشتراط قبل الدخول أو بعده . فإن كان اشتراط الخيار قبل الدخول ، فإن عقد الزواج ينفسخ وجوباً ، وسواء في ذلك ما إذا تزوجها على خيار يوماً أو أكثر للزوج أو الزوجة أو لغيرهما ، وسواء اشترطه الولي أو غيره . أما إذا كان اشتراط الخيار بعد الدخول ، فلا ينفسخ النكاح ، بل يثبت ويجب المهر المسمى في العقد .

وعند الشافعية : لو شرط أحد الزوجين خياراً في النكاح بطل النكاح ؛ لأن النكاح مبناه على اللزوم ، فشرط ما يخالف قضيته يمنع الصحة ، فإن شرط ذلك على تقدير عيب مثبت للخيار فينبغي أن يصح ، لأنه تصريح بمقتضى العقد(١).

---

(١) الشروط عند الشافعية منها ما يتعلق بالنكاح نفسه ، ومنها ما يتعلق بالصداق فقط . فما تعلق منها بالنكاح إما أن يخل بمقصوده الأصلي فيفسد النكاح من أصله ، أو لا يخل بمقصوده الأصلي فيفسد الشرط ويصح أصل النكاح . أما ما يتعلق من هذه الشروط بالصداق فلا يؤثر فساده في صحة النكاح ، لأنه لا تأثير لفساد المهر في العقد . (المنهاج مع زاد المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٢٨٧ ، ٢٨٨) .

فإن شرط أحد الزوجين خياراً في المهر، فالأظهر من قولي الشافعي: صحة النكاح ، لأن فساد الصداق لا يؤثر في النكاح .

ولا يصح الصداق في أظهر القولين بل يفسد ويجب مهر المثل ، لأن الصداق لا يتمخض عوضاً ، بل فيه معنى النحلة ، فلا يليق به الخيار ، كما أن المرأة لم ترضى بالمسمى إلا بالخيار . وهنا يفسد المهر ؛ لأن الشرط إن كان للمرأة فلم ترض بالمسمى وحده ، وإن كان عليها فلم ==

وعند الحنابلة : يثبت خيار الشرط في عقد الزواج . فيجوز لكل من الزوجين أن يشترط في عقد الزواج أي شرط شفاهة أو كتابة ، ويجب الوفاء بهذا الشرط والعمل به عند فواته ويكون لصاحبه الحق في فسخ العقد لهذا السبب ما لم يكن هناك دليل شرعي على بطلانه .

واستدل أصحاب هذا المذهب بعموم قوله تعالى : "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا " [1] . ولقول الرسول ــ صلى الله عليه وسلم : " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " . وهذا الخيار يثبت لكل من الزوجين .

ومن الأمثلة على بطلان الخيار لقيام الدليل الشرعي على ذلك أن تشترط الزوجة على زوجها أن يطلق زوجته الأخرى لقول الرسول ــ صلى الله عليه وسلم : " لا تسأل المرأة طلاق أختها " [2] .

-- يرض الزوج ببذل المسمى إلا عند سلامة ما شرط وليس له قيمة ما يرجع إليها فوجب الرجوع إلى مهر المثل . (المنهاج مع زاد المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٢٨٧ ، ٢٨٨) .

(١) من سورة الإسراء : الآية (٣٤) .

(٢) وعند الحنابلة : في رواية : هذا الشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى العقد ويتضمن إسقاط حق يجب به قبل انعقاده . ويصح العقد لأن هذه الشروط تعود لمعنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فيه .

وفي رواية أخرى عن الإمام أحمد : أنه إذا شرط في النكاح خياراً وإلا فلا نكاح فأن النكاح يبطل أيضاً . --

ثانياً : هل يثبت خيار فوات الوصف فى النكاح ؟ :

أ ــ اختلف الفقهاء حول جــواز ثبــوت خيــار فــوات الوصف فى النكاح ، فذهب جمهور الفقهاء إلى أنـــه لا يدخــل خيار الوصف المرغوب فيه فى الزواج ، فلو وصفت الزوجــة بأوصاف رغبت الزوج فى زواجها ، ثم بانت خالية مــن تلــك الأوصاف فلا خيار للزوج . وذهب بعض الفقهاء إلى أنه يثبـت خيار فوات الوصف فى النكاح للزوج .

ب ــ أن يسمى الزوج مهراً فى العقد أكثر مـــن مــهر المثل وتكون هذه الزيادة فى مقابل تحقق وصف مرغوب فـــى الزوجة كالبكارة أو التعليم وغيرها وتراضيا على ذلك ، فــــإذا تحقق فيها هذا الوصف كان لها المهر المسمى وإن لم يتحقـــق فينعدم رضاه بما زاد على مهر المثل .

جــ ــ أن يسمى الزوج مهراً فى العقــد علــى تقديــر ويسمى لها مهراً آخر على تقدير آخر ، كما لـــو قــدر مــهر الزوجة ألف جنيه إذا كانت ثيباً وألفى جنيه إذا كانت بكراً .

فالراجح فى المذهب الحنفى صحة المهرين بالتســـميتين والشرطين ، فإذا تحقق شرط التسمية الأولى وجـــب المســـمى الأول ، وإذا تحقق شرط التسمية الثانية وجب المسمى الثـــانى ،

== (الروض المربع، جــ ٣ ، ص ٩٠ ، المقنع ، جــ ٣ ، ص ٤٩) .

لأن الزوجين رضيا بمهر مخصوص في حالة مخصوصة [1].

فعند الحنفية : لو اشترط الزوج على الزوجة سلامتها من المرض ، أو اشترط الجمال، أو البكارة ، فوجدها مريضة أو قبيحة المنظر أو ثيباً ، فإن شرطه لا ينفذ ويصح العقد ، فليس له الحق في فسخ عقد الزواج [2] .

أدلة أصحاب القول الثاني : القائلين بثبوت خيار فوات العيب:

واستدلوا من السنة بقوله ــ صلى الله عليه وسلم : "إن أحق الشروط أن توفوا به .. " [3] .

القياس على وجود العيب الذى لا يعلمه المشترى ، حيث يثبت له الخيار .

فكذلك هنا يثبت للزوج خيار فوات الوصف ما لم يعلمه

---

(١) أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، للأستاذ / عمر عبد الله ، ص ٢٩٨ .

(٢) يعتبر الحنفية اشتراط وصف معين فى الزوجة من الشروط التى لا يقتضيها العقد وتحرم الحلال وتحل الحرام فتكون باطلة ويصح العقد.

(٣) مختصر سنن أبى داود ، جـ ٣ ، ص ٦٦ .

ويرى الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه والأوزاعى : أن من تزوج امرأة على ألا يخرجها من دارها أو لا يخرج بها من البلد ، وما أشبه ذلك أن عليه الوفاء بذلك . وإذا لم يقم بالوفاء به ثبت لزوجته الخيار فى الفسخ ؛ لأنها لم تتزوجه إلا على ذلك المرغوب فيه فصار كما لو باع عبداً على أنه خبّاز أو كاتب وهو بخلافه . (نيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ٢٨٠ ، ٢٨١) .

الزوج ولم يرض به .

فاشتراط الزوج أن تكون زوجته ذات دين أمـــر يقـره التشريع الإسلامى ويحثّ عليه . فقد قال صلى الله عليه وسـلم: "تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينـها ، فـاظفر بذات الدين تربت يداك " [1] .

ومعنى ذلك : أنه إذا كان الرجال يرغبون فـى النسـاء لهذه الأسباب فإن الذى يدعو إليه النبى ــ صلى الله عليه وسـلم ــ هو الدين ، أما غيره من الأسباب الأخـرى فليسـت هـى أساس الاختيار . فاللائق بذى الدين والمروءة أن يكون الديـن مطمع نظره فى كل شئ لاسيما الزوجة ، فهى أولى من يعتـبر دينه ، لأنها شريكة حياته ، وأم أولاده ، وأمينتـه علـى مالـه ومنزله وعلى نفسها [2] .

فمن يشترط من الرجال كون زوجته ذات دين ، أو مـن تشترط من النساء كون زوجها ذى دين ، فإنه يلتزم بتنفيذ أمـر الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ فى حديثه الشريف السـابق "فاظفر بذات الدين تربت يداك " ، أى أن الرسول الأمين يقـول

---

(١) صحيح البخارى ، جـ ٣ ن ص ١٥٠ ، طبعة سنة ١٣٤٦ هـ ، نيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ١٠٥ ، طبعة دار الفكر العربى .

(٢) سبل السلام ، جـ ٣ ، ص ١١١ ، حقوق الأسرة فى الفقه الإسـلامى ، للأستاذ الدكتور / يوسف قاسم ، دار النهضة العربيـة ، ١٤١٢ هـ ــ ١٩٩٢ م ، ص ٥٦ .

لمن لم يختار زوجته على أساس الدين ، التصقت يداك بالتراب ، كناية عن الفقر .

كما أنه يأخذ بقول رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم : "من تزوج امرأة لعزها لم يزده الله إلا ذلا ، ومن تزوجها لمالها لم يزده الله إلا فقرا ، ومن تزوجها لحسبها لم يزده الله إلا دناءة ، ومن تزوجها لم يرد إلا أن يغض بصره ، ويحصن فرجه بارك الله له فيها وبارك لها فيه " .

وقوله صلى الله عليه وسلم : " لا تزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن ولا تزوجوهن لأموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن ، ولكن تزوجوهن على الدين ، ولأمة سوداء ذات دين أفضل " (١) .

وعن أنس قال : قال صلى الله عليه وسلم : " من رزقه الله امرأة صالحة فقد أعانه على شطر دينه ، فليتق الله فى الشطر الثانى " . وعنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ أيضا : "من تزوج امرأة صالحة فقد أعطى نصف العبادة " .

وكذلك اشتراط الزوج على زوجته أن تكون خالية من الموانع الشرعية للزواج منه ، فلا تكون زوجة للغير أو فى عدته اشتراط صحيح . لأنه لا يجوز للمرأة أن تكون فى عصمة رجلين فى وقت واحد . فيحرم على الرجل زوجة

---

(١) فتح البارى ، جـ ٩ ، ص ٣٨ ، نيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ١٠٦ .

الغير ومعتدته سواء كانت معتدة من طلاق أو من وفاة ، وذلك مراعاة لحق الزوج المطلق أو المتوفى ؛ لأن الزواج بزوجة الغير أو معتدته فيه إيذاء لهذا الغير واعتداء عليه وإفساد للحيلة الزوجية نتيجة لاختلاط الأنساب وهو أمر لا تقره الشريعة الإسلامية . كما يشترط لصحة الزواج بامرأة معينة ألا تكون محرمة عليه لسبب من أسباب التحريم المؤبدة كأخته نسباً أو رضاعاً أو عمته أو خالته ، أو كانت محرمة عليه تحريماً مؤقتاً كزوجة غيره أو أخت زوجته التى فى عصمته .

وهذا الشرط دلت عليه أدلة كثيرة :

فمن القرآن الكريم :

قال تعالى : " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت " (١) . وكذلك قوله تعالى : " والمحصنات من النساء " (٢) ، أى ذوات الأزواج.

ويقول تعالى فى شأن المعتدات من طلاق : "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " (٣) .

ويقول تعالى فى شأن المعتدات من وفاة : " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر

---

(١) من سورة النساء : الآية (٢٣) .

(٢) من سورة النساء : الآية (٢٤) .

(٣) من سورة البقرة : الآية (٢٢٨) .

وعشرا " [1].

على رأى من قال بأن من تخلف شرطه من حقه فسخ العقد ، أنه لو كان الشرط من الرجل بأن شرط أن تكون الزوجة جميلة أو متعلمة أو شابة أو بيضاء أو غير ذلك من الشروط الصحيحة فظهرت الزوجة على غير ما اشترط ، بأن ظهرت دميمة أو جاهلة أو عجوزا أو سوداء ، فإن من حق الزوج طلب فسخ النكاح لتخلف شرطه ويجاب إلى ذلك .

فإن كان الفسخ قبل الدخول فلا شئ للمرأة من المهر ، وإن كان بعد الدخول فلها المهر المسمى أو مهر المثل إن لم تكن تسمية بما استحل من فرجها ويرجع بما دفعه على من غره . فإن كان الولى استوفى منه ما دفعه للمرأة ؛ لأنه هو الذى غره . وإن كانت المرأة رجع عليها أيضا ويتقاصا .

وإن كان الشرط للمرأة مثل ما لو اشترطت على الرجل ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها فأخلف الرجل ذلك وتزوج عليها أو أرادها على الخروج ، فإنه يكون للمرأة حق فسخ الزواج ، فإن اختارت الفسخ أجيبت إلى ذلك ، فإن كان الفسخ قبل الدخول فلا شئ لها لأنها هى التى اختارت الفسخ . وإن كان بعد الدخول فلها كل الحقوق من المهر والنفقة ووجب عليها الاعتداد لأن هذه الحقوق هى حقوق الدخول .

---

(١) من سورة البقرة : الآية (٢٣٤) .

المطلب الثانى

اشتراط الزوجة على زوجها طلاق زوجته

(ضرتها التى فى عصمته)

اختلف الفقهاء حول حكم طلب المرأة طلاق ضرتها على قولين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء الشافعية [١] والمالكية وبعض الحنفية : إلى أنه لا يجوز للمرأة أن تطلب أو تشترط على من يريد الزواج بها طلاق ضرتها (زوجته الأولى التى فى عصمته) ، وإن تزوجها على طلاق زوجته الأخرى لم يصح الصداق . وحكم شرط بيع أمته حكم شرط طلاق ضرتها .

القول الثانى : ذهب الإمام أحمد [٢] وكثير من متأخرى

---

(١) عند الشافعية : لو اشترطت المرأة على الرجل ألا يتزوج عليها فإن هذا الشرط حرام ويؤدى إلى بطلان العقد ؛ لأن صحة العقد مرتبطة بصحة الشرط .

وجاء فى نيل الأوطار : (وأما الشروط التى تنافى مقتضى العقد ، كأن تشترط عليه أن لا يقسم لضرتها ، أو لا ينفق عليها ، أو يطلق من كانت تحته ، فلا يجب الوفاء بشئ من ذلك ويصح النكاح وفى قول للشافعى يبطل النكاح) .

(٢) ولا يلزم هذا الشرط إلا فى النكاح الذى شرط فيه ، فإن بانت منه ثم =

الحنابلة وبعض الحنفية [1] : إلى أنه يصح للمرأة أن تشترط على من يريد الزواج بها طلاق ضرتها ، فإن فات طلاقها

--- تزوجها ثانياً لم يعد الشرط . (حاشية العنقرى على الروض المربع ، جـ ٣ ، ص ٨٦ ، الكافى ، جـ ٢ ، ص ٨٩ ، المقنع وحاشيته ، جـ ٣، ص ٤٥ ، المغنى ، جـ ٧ ، ص ٤٥) .

(١) قال صاحب فتح القدير : (وأعلم أنه لو كان تزوجها على ألف وعلى طلاق فلانة تطلق بمجرد تمام العقد بخلاف ما تقدم ، وكذا لو قيل : وأن يطلق فلانة) . (فتح القدير على الهداية ، جـ ٣ ، ص ٢٣٢) .

وفى المبسوط : (لو تزوجها على ألف على أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن ترد عليه عبداً ، فقد بذلت البضع والعبد ، والزوج بذل الألف وشرط الطلاق ، فيقسم الألف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد ، فإن كانا سواء كان نصف الألف ثمناً للعبد والنصف الآخر صداقاً لها ، فإن طلقها قبل الدخول فلها نصف ذلك . وإن دخل بها نظر : إن كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها إلا ذلك ، وإن كان مهر مثلها أكثر من الخمسمائة ، فإن وفّى الشرط فطلق فليس لها إلا الخمسمائة ، وإن أبى أن يطلق لم يجبر على الطلاق ، لأنه شرط طلاق ، وإيقاع الطلاق لا يصح التزامه فى الذمة ، فلا يلزمه بالشرط شئ ، ولها كمال مهر مثلها . ولو كان تزوجها على ألف وطلاق فلانة على أن ترد عليه عبدا ، وقع الطلاق بنفس العقد ، فالزوج بذل شيئين : الألف والطلاق ، والمرأة بذلت شيئين: البضع والعبد ، والشيئان متى قوبلا بشيئين انقسم كل واحد منهما على الآخر . فإن كان مهر المثل وقيمة العبد سواء ، كان نصف الألف ونصف الطلاق صداقا لها) . (المبسوط ، جـ ٤ ، ص ١٠٥) .

فهذا النص يفيد أن الطلاق يصح اعتباره صداقا أو جزءا من الصداق عند الحنفية ، وعندئذ يكون فى حكم المال لأنه مقابل به .

بموتها فلها مهر الميتة ، لأن عوض طلاقها مهرها فأشبه قيمة العبد ، ويحتمل أن يجب مهر المثل ، لأن الطلاق لا قيمة له ولا مثل .

ويرى زفر من الأحناف : أنه إذا شرط لها مع الألف ما هو مال كالهدية فالحكم كما ذكر ، وإن شرط مع الألف ما ليس بمال كطلاق الضرة فليس لها إلا الألف ، لأن المال يتقوم بالإتلاف ، فكذلك يتقوم بمنع التسليم إذا شرط لها فى العقد ، فأما الطلاق ونحوه فلا يتقوم بالإتلاف فكذلك لا يتقوم بمنع التسليم .

أدلة أصحاب الرأى الأول :

من السنة :

قال صلى الله عليه وسلم : " لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفئ ما فى صفحتها أو إنائها ولتنكح فإنما رزقها على الله"(١).

---

(١) ورد هذا الحديث فى صحيح البخارى : روى أبو هريرة – رضى الله عنه – عن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال : " لا يبيع حاضر لباد ، ولا تناجشوا ، ولا يزيدن على بيع أخيه ، ولا يخطبن على خطبته ، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتستكفئ إناءها " . (صحيح البخارى ، جـ ٣ ، ص ٩٠ ، ٩١ ، صحيح مسلم ، جـ ١ ، ص ٥٩٢) .

وفى رواية أخرى : عن أبى هريرة أيضاً عن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال : " لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها ، ==

فهذا الحديث الشريف فيه دلالة واضحة على بطلان هذا الشرط لورود النهى عنه كما قالوا فى سائر المنهيات أنها تقتضى فساد المنهى عنه .

من المعقول :

هذا الشرط فيه إضرار بالغير فكان باطلاً ، كما لو تزوجته بشرط ألا ينفق على زوجته أو ولده .

إن المشرع الإسلامى قد جعل القوامة على الأسرة من حق الزوج وحده لحكمة قدرها الشارع تبارك وتعالى ، ولا ريب أن كل شرط أو اتفاق يفرغ تلك القوامة من مضمونها الشرعى إنما يمثل مخالفة صريحة للنظام العام لعقد الزواج فى التشريع الإسلامى ، وذلك هو ما يستتبع النص بالبطلان على مثل هذا الشرط أو الاتفاق وعدم وجوب الوفاء به شرعاً .

أدلة أصحاب الرأى الثانى :

من السنة :

حملوا النهى فى الأحاديث السابق ذكرها على ما إذا لم يكن هناك سبب يجوز معه أن تسأل المرأة طلاق أختها ويكون ذلك على سبيل النصيحة المحضة أو لضرر يحصل لها من

= فإنما لها ما قدر لها " . (رواه البخارى ، جـ ٧ ، ص ٢٦) . (نيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ٢٧٩) .

الزوج أو للزوج منها ، ونحو ذلك من الأسباب والمقاصد(١) .

من المعقول :

أن للمرأة التى تشترط طلاق ضرتها فى هذا الشرط غرضاً صحيحاً فأشبه ما لو اشترطت عتق أبيها .

ويمكن رد هذا الاستدلال :

أولاً : أنه معارض للنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم : "لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفئ ما فى صفحتها أو إنائها ولتنكح فإنما رزقها على الله " . ومن المعروف أنه لا قياس مع النص .

ثانياً : قياس مع الفارق ، لأن فى عتق أبيها منفعة لمحل الشرط وهو الأب ، لكن فى هذا الشرط ضرر لمحله وهو (الزوجة الأولى) .

الراجح :

أرى بطلان هذا الاشتراط من المرأة على من يريد الزواج بها لتعارضه مع النص الشرعى وهو حديث رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ الذى يمنع هذا الشرط .

وسيأتى الحديث عن حق الرجل فى تعدد زوجاته ، طالما يحقق العدل بينهنّ ويستطيع الإنفاق عليهنّ .

---

(١) نيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ١٤٢ ، ١٤٣ ، أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى ، أ . د . / محمود بلال مهران ، ص ٣١٣ .

ويمكن الاتفاق على عدم اقتران الزوج بأخرى إلا بإذن كتابى من الزوجة . وبالتالى يكون اقتران الزوج بأخرى بعد الزواج مبرر للزوجة أن تطلب بسببه الطلاق . ولكن سكوت الزوجة مع علمها بهذا الزواج يشكل رضاء منها بذلك فلا يحق لها أن تطلب الطلاق .

ومن هنا يكون تلاعب الزوج فى إثبات أن الزوجة كانت تعلم بزواجه من أخرى ولم ترفع دعوى الطلاق .

ولسد هذه الثغرة يجوز للزوجين أن يتفقا على عدم اقتران الزوج بأخرى إلا بإذن كتابى من الزوجين .

هل من حق الزوجة فى حالة وجود هذا الشرط ، إذا أخل الزوج بهذا الشرط ، أن تطلب الطلاق مع الاحتفاظ بكامل حقوقها ؟

المطلب الثالث

اشتراط الزوجة على زوجها ألا يخرجا من دارها

أولا : تحرير محل النزاع :

الحد لا يخلو عند اشتراط المرأة أو وليها على من يريد الزواج بها ألا يخرجا من دارها - إما أن يكون هذا الشرط فى مقابل إسقاط جزء من صداقها أى يكون مهرها أقل من مهر مثلها. أو يكون شرطها هذا زائد حيث لا يكون مهرها أقل من مهر مثلها.

فإذا كان اشتراط الزوجة هذا الشرط قد تم مقابل إنقاص صداقها مثل أن يكون صداق مثلها مثلا مائة فتزوجت بخمسين على ألا يخرجها من دارها ، **فقد اختلف الفقهاء أيضا :**

فذهب جمهور الفقهاء.. الحنفية والشافعى ومعهم من الصحابة عمر وعمرو بن العاص ومن التابعين طاوسى وأبو الشتاء وهو قول الأوزاعى والثورى والليثى إلى أن هذا الشرط غير لازم للزوج وله أن يخرجها من دارها ولا يلزمه إلا المسمى.

وذهب الحنفية إلى أن هذا الشرط لا يلزم الزوج وله أن يخرجها من دارها ولها أن ترجع عليه بما نقصت له من

الصداق .

وقال الشافعي :. يصح النكاح ويلغو الشـــرط ويلزمـــه مهر المثل.

وقال مالك : إن اشترطت الزوجـــة علـــى زوجـــها ألا يتزوج عليها ، أو لا ينقلها من بلدها، لم يلزمه هذا الشـــرط إلا أن يكون في ذلك يمين بعتق أو طلاق فإن ذلـــك يلزمـــه إلا أن يطلق أو يعتق من أقسم عليه، فلا يلزم الشرط الأول أيضا[1] .

أما إذا كان اشتراط المرأة علي من يريد الزواج بـــها ألا يخرجها من دارها قد تم بدون المساس بصداقها أى أن صداقـــها مثل صداق مثلها، **فقد اختلف الفقهاء على مذهبين :**

المذهب الأول : يرى جمهور الفقهاء بطـــلان الشـــرط وصحة العقد . وممن قال بـــهذا الـــرأى الحنفيـــة والمالكيـــة[2]

---

(١) بداية المجتهد ، جـ٢ ، ص ٥٩ .

(٢) **يرى المالكية :** أن الشرط الذى لا ينافى مقتضى العقد وحكمه، يقيد العقـد ويقضى بموجبه على من التزمه، إلا اشتراط المرأة على الرجل مالها فيـه منفعة مقصودة كألا ينقلها من بلدها أو من دارهـــا أو لا يـتزوج عليـها فالمشهور فى المذهب المالكي هو استحباب وفاء الــزوج بـهذا الشـرط فقط.. بحيث لا يقضى على الزوج بموجبها ولا يكون للمرأة الحـق فـى فسخ النكاح أو الرجوع بما أسقطته من مهرها فى العقد عند إنفائها وعـدم الوفاء بشرطها . (الالتزامات للخطاب ، جـــ١ ، ص ٣٠١ ، القوانيـن الفقهية لابن جزىء ، جـ٢ ، ص ٥٢) .

والشافعي في قول [١] والحنابلة في رأى [٢] . ومـــن الصحابـــة عمر بن الخطاب[٣] وعمرو بن العاص ومن التابعين طاوســـى وهو قول الثورى والليث.

المذهب الثاني : يصح الشرط والنكاح ولـــها شـــرطها

---

(١) أبطل الشافعي ما تشترطه المرأة على الرجل في عقد الـــزواج، كـــأن لا يخرج بها من بلدها. فالعقد عنده صحيح والشرط باطل.

(٢) عند الحنابلة تفصيلات ينبغي الإشارة إليها، لو اشترط الزوج ألا تخـــرج زوجته من منزل أبويها، فإذا مات أحد أبويها بطل الشرط لأنه لا يصـــدق عليه والحالة هذه أنه بيت أبويها، وكذا لو تعذر سكنى الـــدار بخـــراب أو غيره، فيبطل الشرط وله السكنى حيث أراد، رضيت زوجته أم لا،، ولـــو شرط الرجل على من يريد الزواج بها أن يسكنها بمنزل أبيه فســـكنت ثـــم طلبت سكنى منفردة وهو عاجز لم يلزمه ما عجز عنه، لو كانت الزوجـــة صغيرة أو غير رشيدة وشرط وليها على الزوج السكنى في دارها ثـــم أراد الزوج أن ينتقل بها فهل لوليها منعه .. وجهات أظـــهرهما للولـــي منـــع الزوج من إخراجها لأن السكنى صارت بالشرط حقا لها لا يجوز التفريـــط فيه إلا برضاها ورضاها غير مقبول لعدم أهليتها فوجب اســـتقرار حقـــها إلى حين وجود ما يسقطه.. والثاني لما كان الحق في السكنى للزوج فلـــه أن ينقلها وغاية الشرط أنه عند مخالفة الزوج فللزوجة الفسخ فإذا نقلـــها أو إذا بلغت أو رشدت فلها الخيار . (حاشية العنقرى مع الروض المربـــع ، جـ٣ ، ص ٨٨ ، نيل الأوطار ، جـ٦ ، ص ٢٨١) .

(٣) قال أبو عبيد : تضادت الروايات عن عمر في هذا وقال النخعـــى، كـــل شرط في نكاح يهدمه إلا الطلاق وبذلك يكون تأويل الحديث هنا أن يكـــون ما يشترطه أحد الزوجين خاصا بالمهر والحقوق الواجبة التي هي مقتضـــى العقد دون غيرها مما لا يقتضيه.

وعليه الوفاء وقال بهذا والشافعى فى القول الآخر والحنابلة[1] فى الرأى الآخر والأوزاعى وابن شبرمه.

ويرجع سبب اختلاف العلماء فى لزوم هذا الشرط من عدمه هو معارضة العموم للخصوص :

فأما العموم : فحديث عائشة رضى الله عنها : أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ خطب الناس فقال فى خطبته : "كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط) .

وأما الخصوص : فحديث عقبة بن عامر عن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال : " أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج " .

والحديثان صحيحان أخرجهما البخارى ومسلم ، إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو

---

(١) الشروط التى ليست من مقتضى العقد ولا من مصلحته إلا أنها لا تنافى مقتضى العقد وحكمه تقيد العقد بموجبه ولزوم الوفاء به ممن اشترط عليه وثبوت الخيار للشارط بين فسخ العقد وإمضائه عند فوات ما شرطه، فلو شرطت المرأة فى عقد النكاح ألا ينقلها الرجل من دارها أو بلدها أو ألا يتزوج عليها وما أشبه بذلك، من كل شرط يتضمن منفعة للمرأة لا يمنع المقصود من النكاح كان ذلك لازما فى العقد حتى لا يملك الرجل نقلها من دارها أو بلدها أو التزوج عليها.. فإن خالف ما شرطه على نفسه كان للمرأة الحق فى فسخ النكاح. (المغنى ، جـ٤ ، ص ٢٨٤ ، فتاوى ابن تيمية ، جـ٣ ، ص١١١ ، نيل الأوطار ، جـ٦ ، ص٢٨٠، ٢٨١).

لزوم الشرط [١] .

وأبطل الظاهرية الشروط كلـــها إلا مـــا يتعلـــق منـــها بالصداق أو ما كان من مقتضيات العقد [٢].

أدلة أصحاب القول الأول : القـــائلون بعـــدم صحـــة اشـــتراط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من دارها :

من السنة النبوية :

١ــ قوله صلى الله عليه وسلم : " كل شرط ليس فى كتـــاب الله فهو باطل " [٣] ، أى كل شرط غير منصوص عليـــه فـــى كتاب الله.

---

(١) نيل الأوطار ، جــ٦ ، ص٢٨٢ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لابـــن رشد الحفيد ، جــ٢ ، ص٥٩ .

(٢) قال فى المحلى : (ولا يصح نكاح على شرط أصـــلا حاشـــا الصـــداق الموصوف فى الذمة أو المدفوع أو المعين وعلى ألا يضر بها فى نفســـها ومالها : " إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " . وأما بشرط بيع أو هبـــة أو أن لا يتسرى عليها أو أن لا يرحلها أو غير ذلك كله فإن اشترط وذلـــك فى نفس العقد، فهو عقد مفسوخ وأن اشترط ذلك بعد العقد، فالعقد صحيـــح والشروط كلها باطلة سواء علقها بعتق أو طلاق أو بأن أمرهـــا بيدهـــا أو أنها بالخيار كل ذلك باطل، وكذلك أن تزوجها على حكمه أو على حكمـــها أو على حكم فلان، كل ذلك عقد فاسد وقد أجاز بعض ذلك قوم. (المحلـــى، جــ١١ ، ص١٣٦).

(٣) نيل الأوطار ، جــ٦ ، ص٢٨٢ .

٢ـ قال صلى الله عليه وسلم : " المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً " (١) .

وجه الدلالة : لاشك أن اشتراط المرأة على من يريد الزواج بها ألا ينقلها زوجها من دارها أو ألا يتزوج عليها أو لا يتسرى ، كل ذلك تحريم حلال وهو وتحليل الخنزير والميتة سواء فى أن كل ذلك خلاف لحكم الله تعالى .

٣ـ واستدلوا أيضاً : بما أخرجه الطبرانى فى الصغير بإسناد حسن عن جابر أنه عليه السلام خطب أم مبشر بنت البراء ابن معرور فقالت : إنى شرطت لزوجى ألا أتزوج بعده، فقال عليه السلام إن هذا لا يصلح (٢) .

٤ـ ومن أقوال الصحابة : روى ابن وهب بإسناد جيد أن رجلاً تزوج امرأة واشترطت عليه ألا يخرجها من دارها ثم بدا له أن يخرجها فارتفعوا إلى عمر فوضع الشرط وقال (المرأة مع زوجها).

القياس :

٥ـ قياس اشتراط المرأة على من يريد الزواج بها عدم إخراجها من دارها على اشتراطها عليه ألا يطأها .

وقد أجمع أهل العلم على أن المرأة لو اشترطت على

---

(١) المحلى ، جـ١١ ، ص٢٣٩ .

(٢) نيل الأوطار ، جـ٦ ، ص٢٨٢ .

من يريد الزواج منها ألا يطأ لم يجب الوفـــاء بذلـــك الشـــرط فكذلك هنا [١] .

المعقول :

٦ـ إن اشتراط المرأة على من يريد الزواج منها ألا يخرجـــها من دارها ليس من مصلحة العقد.

أدلة أصحاب القول الثانى :

استدل القائلون بصحة اشتراط المرأة علـــى زوجـــها ألا يخرجها من دارها أو بلدها ولزوم هذا الشرط :

من السنة :

حديث عقبة ابن عامر (أحق الشروط أن يوفى بـــه مـــا استحللتم به الفروج) [٢] . أى أن أحق الشروط بالوفاء شـــروط

---

(١) قاذل أبو عبيد عند الحديث عن حكم اشتراط الزوجة علـــى زوجـــها ألا يخرجها من دارها (والذى نأخذ به : أنا نأمره بالوفاء بشرطه من غـير أن نحكم عليه بذلك. قال وقد أجمع أهل العلم على أنها لو شـــرطت عليــه ألا يطأها لم يجب الوفاء بذلك الشرط فكذلك هنا). (نيل الأوطـــار ، جـــ٦ ، ص٢٨١).

(٢) متفق عليه . وفى رواية أخرى (أحق ما وفيتم من الشروط) . وجاء فـــى رواية ثالثة (أحق الشروط أن توفوا بـــه) . (نيـل الأوطـــار ، جـــ٦ ، ص٢٨٠).

وترجم أبو داود لهذه المسألة بقوله : (باب فى الرجـــل يشـــترط لـــها دارها)، واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم : " إن أحق الشروط أن توفـــوا بـــه ". (مختصر سنن أبى داود ، جـ٣ ، ص٦٦).

النكاح، لأن أمره أحوط وبابه أضيق.

وروى أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر، فقال : لها شرطها. فقال الرجل إذن يطلقننا، فقال عمر، مقاطع الحقوق عند الشروط [1].

فقد أمضى عمر ـ رضى الله عنه ـ الشرط على الزوج ولم ينكر قوله، إذن يطلقننا، فيدل هذا على ثبوت خيار الفسخ للمرأة إذا لم يف الزوج بالشرط الذى قطعه على نفسه قبل الزواج، لأن هذه الشروط علقت عليها حقوق لمن وضع هذه الشروط وعند عدم الوفاء بهذه الشروط تضييع الحقوق التى علقت عليها ، ولأنه شرط ليس فيه نفع ومقصوده لا ينافى مقصود النكاح ولأنه شرط لا يمنع المقصود من الزواج فكان لازماً فصح كالزيادة فى المهر، فإن لم يف به فلها الفسخ، لأنه شرط لازم فى عقد فثبت هذا الفسخ بفواته كشرط الرهن فى البيع [2] . ولأن الأمر بالوفاء بالعهود والشروط والعقود الواردة فى بعض آيات القرآن يتناول ذلك تناولاً واحداً[3] .

فإذا لم يقم الزوج بالوفاء ثبت لزوجته الخيار فى الفسخ لأنها لم تتزوجه إلا على ذلك المرغوب فيه فصار كما لو باع

---

(١) الكافى ، جـ٢ ، ص٥٥ .

(٢) الكافى ، جـ٢ ، ص٥٥ .

(٣) كشاف القناع ، جـ٥ ، ص٩٠ .

عبداً على أنه خباز أو كاتب وهو بخلافه [١] .

مناقشة الأدلة :

يمكن مناقشة أدلة الفريق الأول بما يلي :

١ـ إن قوله عليه السلام فى حديث عائشة : " كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل " ، معناه : ليس فى حكم الله وشرعه، وليس المراد أنه منصوص عليه فى القرآن. واشتراط المرأة على زوجها ما فيه نفع لها مشروع وليس بممنوع.

٢ـ قولهم بأن اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا ينقلها من دارها فيه تحريم للحلال بأنه غير مسلم بل هو منتفى، لأنه لا يحرم التزوج عليها بهذا الشرط ولا يحرم نقلها من دارها بل أن الزوج امتنع من ذلك لالتزامه مختاراً لأحب الأمرين إليه وهو صحبة زوجته، ولهذا لو تزوج عليها لا نقول : فعل محرماً وهو أدنى من امتناعه عن بعض المباحات بحلفه ألا يفعله [٢] . فاشتراط المرأة على زوجها ألا يتزوج عليها لا يحرم الحلال بل أنه يثبت للمرأة عند عدم وفاء الزوج بالشرط خيار الفسخ [٣] .

٣ـ ويعترض على ما روى عن جابر أنه ـ صلى الله عليه

---

(١) نيل الأوطار ، جـ٦ ، ص٢٨٠، ٢٨١ .

(٢) فتح القدير على الهداية ، جـ٣ ، ص ٣٢ .

(٣) كشاف القناع ، جـ٥ ، ص ٩١ .

وسلم ــ عندما أراد أن يخطب أم مبشر بنت البراء قــالت له إني شرطت لزوجي ألا أتزوج بعده، فقال عليه السلام : "إن هذا لا يصلح " بما يلي :

* هذا الحديث غير صريح في محل النزاع لأنـه يحتمل أن قوله عليه السلام لأم مبشر بنت البراء : (أنـه لا يصلـح). من حيث أنه يخشى عليها الفتنة وخاصة إذا كانت شـابة أو جميلة.
* إنه عليه السلام لم يتزوجها مما يدل علـى أنـها الـتزمت بشرطها لزوجها ألا تتزوج بعده ولو كان ذلك حراماً مـن الناحية الشرعية لما التزمت به المرأة.
* يحتمل أن قوله عليه السلام لهذه المرأة : (إن هذا لا يصلـح لأنه ليس في ذل غرض صحيح) [١] .

٤ــ ويناقش استدلالهم بالقياس :

بأن هذا قياس مع الفارق لأن ما أجمع عليه العلماء وهـو بطلان اشتراط المرأة على من يريد الـزواج بـها ألا يطأهـا شرط يتنافى مع مقتضى العقد ومقصوده الأصلي، أما شـرطها ألا يتزوج عليها فهو وأن لم يكن من مقتضيات عقد النكاح فإنـه لا يتنافى معه، ومن ثم فالفارق واضح بين الشرطين.

ويقول ابن قيم الجوزية : أن جمهور الفقـهاء تركـوا

(١) كشاف القناع ، جـ٥ ، ص ٩١ .

محض القياس بل قياس الأولى فإنهم قالوا لـــو شــرطت فـــي المهر تأجيلاً أو غير نقد البلد أو زيادة على مهر المثـــل لـــزم الوفاء بالشرط. فأين المقصود الذى لها في الشرط الأول إلـــى المقصود الذى فى هذا الشرط وأين فواته إلى فواته [١].

٥ــ مناقشة استدلالهم بالمعقول :

قولهم : بأن اشتراط المرأة على من يريد الزواج بـها ألا يخرجها من دارها ليس من مصلحة العقد مردود لأن اشــتراط مثل هذا الشرط من مصلحة المرأة وما كان فيه مصلحة العــاقد فهو من مصلحة العقد كاشتراط الرهن فى البيع [٢].

مناقشة أدلة القائلين بصحة هذا الشرط :

نوقش استدلالهم بحديث عقبة بن عامر (أحق الشـــروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج).. إن هذا خبر صحيــح ولا متعلق لهم به، لأنهم ولا مسلم على ظهر الأرض يختلفون معنـا أنه إن شرط لها أن تشرب الخمر وأن تأكل لحم الخـنزير أو أن تدع الصلاة أو أن تترك صوم رمضان أو أن يغنى لـــها أو أن يزمن لها ونحو ذلك أن ذلك كله باطل.

فقد صح أن رسول الله ــ صلى الله عليه وســلم ــ لـم يرد قط فى هذا الخبر شرطا فيه تحريم حلال أو تحليل حـــرام

---

(١) أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ، المتوفى ٧٥١هـ ، طبعـــة الكـردى بمصر ، جـ١ ، ص٣٨٦ .

(٢) كشاف القناع ، جـ٥ ، ص٩١ .

أو إسقاط فرض أو إيجاب غير فرض لأن كل ذلك خلاف لأوامر الله تعالى ولأوامره عليه السلام فصح أنه عليه السلام إنما أراد شرط الصداق الجائز الذى أمرنا الله به وهو الذى استحل به الفرج لا ما سواه (١) .

وقال النخعى : كل شرط فى نكاح فإن أحق الشروط أن توفى بها النكاح يهدمه إلا الطلاق وبذلك يكون تأويل الحديث هنا، أن يكون ما يشترطه أحد الزوجين خاصاً بالمهر والحقوق الواجبة التى هى مقتضى العقد دون غيرها مما لا يقتضيه.

وما قاله ابن حزم من اعتراضه على حديث عقبة ابن عامر مردود لأن محل النزاع هو الشروط الجائزة التى لا تتنافى مع مقتضيات العقد، وليس محل النزاع هو الشروط المحرمة كما مثل لها بشرب الخمر وأكل لحم الخنزير أو ترك الصلاة والصوم .

ومن المعلوم أنه لا خلاف بين العلماء فى أنه لا يجب الوفاء بالشروط المحرمة . واشتراط الزوجة على زوجها أن لا يخرجها من دارها أو لا يتزوج عليها ليس من الشروط المحرمة. كما أن قصره الشروط فى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم على شرط الصداق مردود لأنه بلا دليل وتخصيص بلا مخصص.

---

(١) المحلى ، جـ١١ ، ص١٤٠ .

المطلب الرابع

اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها [1]

إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها ، فهذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء على رأيين :

الرأى الأول : ذهب جمهور الفقهاء الحنابلة والمالكية والشافعية والحنفية [2] : إلى عدم جواز هذا الشرط وعدم وجوب الوفاء به ، أى يبطل الشرط ويصح العقد ، وإن تم

---

(1) لو شرط أحد الزوجين على الآخر أن لا يتزوج بعد موته فالشرط باطل عند الحنابلة لأنه ليس فى ذلك غرض صحيح بخلاف حال الحياة. (حاشية العنقرى مع الروض المربع ، جـ٣ ، ص٨٧).

(2) **قال القرطبى** : إن شرطت عليه عند عقد النكاح ألا يتزوج عليها وحطت عنه لذلك شيئاً من صداقها ثم تزوج عليها فلا شيء لها عليه فى رواية ابن القاسم، لأنها شرطت عليه ما لا يجوز شرطه كما اشترط أهل بريرة أن تعتقها عائشة والولاء لبائعها، فصحح النبى عليه السلام العقد وأبطل الشرط، وكذلك هاهنا يصح إسقاط بعض الصداق عنه ويبطل الشرط.

وقال ابن عبد الحكم : إن كان بقى من صداقها مثل صداق مثلها أو أكثر لم ترجع عليه بشى وإن كانت وضعت عنه شيئا من صداقها فتزوج عليها وجب عليه تمام صداق مثلها، لأنه شرط على نفسه شرطا وأخذ عنه عوضا كان لها واجبا أخذه منها فوجب عليه الوفاء، لقوله عليه السلام (المؤمنون عند شروطهم) . (الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ، طبعة الشعب ، جـ٥ ، ص٢٥) .

فليس على الزوج شيء إلا تكميل مهر المثل للزوجة إن كانت قد حطت عنه لذلك الشرط شيئاً من صداقها .

وذهب الظاهرية : إلى أنه لو اشترطت المرأة على الرجل ألا يتزوج عليها أو لا ينقلها من دارها فهذا الشرط حرام ويؤدي إلى بطلان العقد المقترن بأى شرط منها لأن العقد إذا اشترط فيه شرط كانت صحته مرتبطة بذلك الشرط وكان موقوفاً على تمامه وهو العقد لأن المبنى على باطل.. باطل[١].

الرأى الثانى : ذهب بعض الحنابلة : إلى أنه يجوز للمرأة أن تشترط على زوجها فى عقد الزواج أن لا يتزوج عليها.. وبالتالى يلزم الزوج بهذا الشرط فإذا لم يف به كان لها فسخ عقد الزواج، إذا كان هذا الشرط فى مقابل جزء من المال[٢] ، أو مقيداً بطلاق أو نحوه.

---

(١) المحلى ، جـ٢ ، ص٣١٤ .

(٢) **يجوز عند الإمام أحمد فى رواية** : أن يدفع كل واحد من الزوجين إلى الآخر مال على ألا يتجوز ، أما الزوج فالشرط بالنسبة إليه مطلق، أما الزوجة فالشرط بالنسبة لها مقيد بما بعد موت الزوج إذا لا يصح لها التزوج مادام زوجها حياً، فإن لم يف بالشرط لم يستحق العوض لأنها هبة مشروطة بشرط فتنتفى بانتفائه، ولو شرطت المرأة على من يريد الزواج بها ألا يتزوج عليها ففعل ذلك ثم طلق قبل استخدامها لحقها فى فسخ عقد النكاح فإنها لا تملك الفسخ . (حاشية العنقرى مع الروض المربع ، جـ٣، ص٨٧).

واستدل جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه بما يلى :

* إن قيام الزوج بالزواج بـأخرى دون رأى الزوجة القديمة إنما هو حلال بصريح نصوص القرآن العظيم والسنة النبوية المطهرة ومن ثم فإن الاتفاق على مثل هذا الشرط يعتبر اتفاقا باطلا لكونه يحرم الحلال.

واستدلوا من القرآن الكريم :

بقوله تعالى : " ... ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت إيمانكم، ذلك أدنى ألا تعولوا وآتوا النساء صدقاتهن نحله فإن طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا)[1].

فالحق تبارك وتعالى قد جعل بعض الرسل والأنبياء يعدد زوجاته كإبراهيم ويعقوب وداود وسليمان ومحمد عليهم

== **وعند الحنابلة :** رغم قولهم بصحة اشتراط الزوجة على زوجها ألا يسافر بها أو ألا يخرجها من منزل أبويها ، وعند بعضهم صحة اشتراط المرأة على من يريد الزواج بها ألا يتزوج عليها، إلا انهم قالوا بعدم صحة اشتراط الزوجة على زوجها أن يطلق ضرتها فقالوا لا يصح هذا الشرط لمكان النهى الوارد، وهو ما روى عن أبو هريرة (نهى رسول ــ الله صلى الله عليه وسلم ــ أن تشترط المرأة طلاق أختها) . (صحيح البخارى، جـ٧ ص٢٦).

(١) من سورة النساء : الآيات (٥، ٦).

الصلاة والسلام فهذا يدل على أن تعدد الزوجات جائز في شريعة الله تبارك وتعالى، لأن الرسل والأنبياء يبلغون عن ربهم ويستحيل عليهم أن يبتدعوا في دين الله ما ليس منه) (١) .

ومن السنة النبوية :

قوله ـ صلى الله عليه وسلم : " المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ". ولاشك أن اشتراط المرأة على من يريد الزواج بها ألا يتزوج عليها شرط يحرم الحلال.

وقوله ـ صلى الله عليه وسلم : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ". ولاشك أن هذا الشرط ليس في كتاب الله بل هو يعارضه.

واستدل أصحاب القول الثاني بالمعقول :

إن الزوجة لم تقبل الزواج الأعلى ذلك المرغوب فيه فصار كما لو باع عبداً على أنه خباز أو كاتب وهو بخلافه(٢). ويمكن رد هذا الاستدلال بأنه قياس مع الفارق لأن المقصود في شرط كون العبد خبازاً مشروع أما المقصود في هذا الشرط وهو عدم الزواج بأخرى فغير مشروع.

ومن المسلم به أن القواعد القانونية التي تحكم الزواج

---

(١) تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية ، أ.د. عبد الناصر توفيق العطار، ص٤٣ ، الطبعة الخامسة ، مؤسسة البستان للطباعة.

(٢) حاشية العنقرى مع الروض المربع ، جـ ٣ ، ص ٨٧ .

تعتبر من قبيل القواعد القانونية الآمرة التى لا يجوز الاتفاق على خلاف ما تقضى به لصلة تلك القواعد بالنظام العام.

ولقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م على أنه : (يجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها، فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة، ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم إنه متزوج سواها ثم ظهر إنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك).

ومفاد هذا النص أن طلب الزوجة القديمة الطلاق لهذا السبب مشروط بشروط أربعة:

١- أن تثبت الزوجة أنه لحقها من الزواج الجديد ضرر يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها.
٢- أن تطلب الزوجة التطليق لهذا السبب قبل مضى سنة من تاريخ علمها بزواج زوجها عليها.
٣- أن لا ترضى الزوجة صراحة أو ضمناً بزواج زوجها عليها.
٤- أن يعجز القاضى عن الصلح بين الزوجين.

ومن ثم فإن ما تضمنته الوثيقة الجديدة من جواز الاتفاق

على اعتبار زواج الرجل بأخرى سبباً للتطليق دون توافر تلك الشروط التى نص عليها القانون السالف ذكره يعتبر اتفاقاً مخالفاً لقاعدة آمره مما يستوجب النص عليه بالبطلان.

الراجح :

أرى أن ما تضمنته وثيقة الزواج الجديدة من جواز الاتفاق على اعتبار زواج الرجل بأخرى سبباً للتطليق، أو ألا يتزوج عليها غير جائز، لأن هذا الشرط فاسد يخالف الشرع.

فكيف يسمح الرجل للمرأة أن تمنع ما أحله الله، وإذا كانت لا تقبل هذا فلتشترط على زوجها أن تكون عصمتها بيدها أو تطلب الطلاق للضرر أن تطلب من زوجها أو القاضى الخلع.

وبناء على ذلك : إن وافق الزوج ووفى بعهده كان لها ما شاءت وأن خالف وعده واستند إلى ما حلله الدين من تعدد الزوجات فهنا يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق.

هذا فى حين لا يجوز للزوجة الثانية طالما قبلت أن تكون كذلك أن تطلب من زوجها أن يطلق زوجته الأولى كشرط للزواج منه.

وأشير بشئ من التفصيل إلى تعدد الزوجات فى الإسلام :

يجوز للرجل أن يجمع بين أربع زوجات فأقل فى عصمته ، ولا يجوز له الجمع بين أكثر من أربع زوجات باستثناء نبينا محمد ــ صلى الله عليه وسلم ــ فلا يحرم عليه

الزيادة على أربع . فقد روى أنه عليه الصلاة والسلام اجتمع في عصمته عشر زوجات وتوفى عن تسع منهنّ ، وهى من خصوصياته ــ صلى الله عليه وسلم .

أدلة مشروعية تعدد الزوجات :

من الكتاب: قال تعالى : " وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع"[1]وروى أن غيلان الثقفى أسلم وعنده عشر زوجات أسلمن معه فأمره النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ أن يفارق ما زاد على أربع منهن. وروى أن نوفل بن معاوية أسلم وعنده خمس زوجات فقال له عليه الصلاة والسلام : " أمسك أربعاً وفارق الأخرى " .

فهذه الأدلة تدل بوضوح على مشروعية تعدد الزوجات وعلى أن العدد المشروع هو أربع زوجات فقط ، وذلك باستثناء نبينا محمد ــ صلى الله عليه وسلم ــ فلا يحرم عليه الزيادة على أربع .

تقييد التعـدد :

لم تكتف الشريعة الإسلامية بإباحة تعدد الزوجات ولكنها اتجهت عند الحديث عن هذا الموضوع إلى أمرين :

---

(١) من سورة النساء : الآية (٣) .

الأمـــر الأول : أن الشــريعة الإســلامية قيـدت تعــدد الزوجات وجعلته مقصوراً على أربع زوجات فقط وحرمت مــا زاد عليهن ، لأن هذا العدد أقرب إلى تحقيق العدل فيه ممــا زاد عليه وأرحم بالزوجات ، إذ أن انقطاع الزوج عن كل منــهن لا يزيد عن ثلاث ليال .

الأمر الثانى : اشترطت الشــريعة الإســلامية لإباحــة التعدد شرطين:

أولهما : العدل بين الزوجــات فــى المبيــت والنفقــة والأمور الظاهرة أخذاً من قوله تعالى : " فإن خفتم ألا تعدلـــوا فواحدة " [1] ، ومن ثم فإذا اشترطت الزوجة على زوجـــها أن يكون لها أكثر من ضرتها عند القسمة ، كان هذا الشرط بــاطلاً باتفاق الفقهاء ؛ لأنه يناقض مقتضى عقد الزواج ، ويتعــارض مع قوله تعالى : " وعاشروهن بالمعروف " ، وليس مع تميــيز إحدى الزوجات عن الأخريات معاشرة بمعروف ، ولقولـــه ــ صلى الله عليه وسلم : " من كانت له امرأتان فلم يعدل بينــهما ، جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل " [2] .

ثانيهما : القدرة على الإنفاق على الزوجات أخــذاً مــن قوله تعالى : " ذلك أدنى ألا تعولوا " ، أى لا تكثروا عيــالكم .

---

(١) سورة النساء : الآية (٣) .

(٢) مسند الإمام أحمد ، جـ ٢ ، ص ٣٤٧ .

لأن القدرة على الإنفاق شرط لإباحة الزواج الأول ، فهو من باب أولى شرط لإباحة الزواج بأخرى فمن يفقد القدرة على الإنفاق وغيره من الحقوق فلا زواج له شرعاً .

الحكمة من إباحة تعدد الزوجات :

لقد تلقى الإسلام نقداً على مدى التاريخ للسماح بالزواج من أكثر من واحدة ، فى حين أن كل ما فعله الإسلام هو أن قنن ما يتمشى مع طبيعة البشرية .

وقبل أن أبين أن تعدد الزوجات له حكماً عظيمة وفوائد جليلة أقول : إن الإسلام حبذ الزواج بواحدة فقط وجعله الأصل لما يلى . قال تعالى : " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة " (١) . وقوله تعالى : " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة " (٢) .

فهذه الآيات الكريمة تبين أن شرط تعدد الزواج هو القدرة على العدل بينهن أو الاقتصار على الواحدة ، وهذا الشرط يحقق المصلحة التى شرع من أجلها تعدد الزوجات .

والمراد بالعدل هنا العدل الذى يستطيعه الزوج ويقدر عليه وهو التسوية بينهن فى الأمور الظاهرة كالنفقة والمبيت

---

(١) سورة النساء : الآية (٣) .

(٢) سورة النساء : الآية (١٢٩) .

وحُسن العشرة لا العدل الذى لا يستطيعه وهو العدل فى المحبة والميل القلبى فهو غير مطلوب لأنه خارج عن طاقة الإنسان .

وقد كان النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ يقسم بين زوجاته ويعدل بينهن فى الأمور الظاهرة كالنفقة والمبيت وحُسن العشرة ، وكان يقول: "اللهم إن هذا قسمى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما لا أملك (وهو الميل القلبى) " .

وفى هذا أبلغ رد على الذين يربطون قوله تعالى : "فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة " ، وقوله تعالى : " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم " ، زاعمين أن العدل المنفى فى الآية الثانية هو العدل المأمور به فى الآية الأولى ليصلوا بهذا الزعم إلى منع التعدد ، حيث يقولون إن التعدد مشروط بالعدل حسب الآية الأولى ، والعدل المستحيل حسب الآية الثانية ، وبهذا وجب الاقتصار على الواحدة وهو زعم باطل وحكم فاسد . فالعدل المطلوب هنا هو العدل بينهن فى النفقة والمبيت، فإذا خاف الرجل الجور وعدم الوفاء بما عليه من تبعات حرم عليه أن يتزوج بأكثر من واحدة ، وهذا التعدد ليس واجباً ولا مندوباً ، وإنما أمر أباحه الإسلام . ومن يتأمل إباحة تعدد الزوجات يجد أن لها فوائد جليلة منها :

أولاً : قد يكتشف الزوج أن زوجته مصابة بنقص أو بها عيب يحول بين الزوج وبين التمتع بها ويتحرج من

طلاقها. كأن يتزوج الرجل امرأة ثم بعد معاشـــرتها يجـد أن طباعها لا توافق طباعه ، أو أنها عقيم لا تلد ، أو يحدث لـــها مرض يحول بينه وبين وطئها ، أو تكون ممن يســتمر عليــها الحيض فيضطر لاعتزالها خمسة عشــرة يومــاً متتاليــة فــى الشهر ، ويتحرج من طلاقها لأى سبب من الأســباب فيــتزوج بأخرى للخلاص من هذا الحرج وتلك المشــقة . وقــد تكــون الزوجة عقيماً لا تلد، أو مريضة بمرض لا يرجى شفائها منـــه ورغم ذلك تكون راغبة فى استمرار الحياة الزوجية ، والــزوج راغب فى إنجاب الأولاد ، وفى هذه الحالـــة فمــن الأفضــل للزوج أن يتزوج بـــأخرى ويبقــى عليــها فتلتقــى مصلحتــه ومصلحتها معاً .

ثانياً : الخشية من الوقوع فى الزنا فى حالة الاقتصــــار على زوجة واحدة ، وذلك لأن الرجال يختلفون فــى طباعــهم وشهوتهم من بيئة إلى بيئة، ومن إقليم لإقليم، فمنهم المعتدل فــى شهوته ، ومنهم الحاد الذى لا تندفع حاجتــه بزوجــة واحــدة وحتى لا يلجأ إلى الزنا واتخاذ الأخدان . ورغــم أن الإســلام يسمح بالتعدد فإنه لا يكاد يمارس فى مصــر وبــلاد إســلامية كثيرة إلا فى حدود ضيقة طبقاً للإحصائيات ، ولا يعنــى هــذا أن الخيانة الزوجية منعدمة فى المجتمعات الإسلامية ، ولكــن إمكانية الطلاق بالنسبة للرجل وطلب الطــلاق وخلــع الــزوج بالنسبة للمرأة فى الشريعة الإسلامية لا تدفع الفرد السوى إلـــى

ممارسة الزنا ، والخُلع هنا مع تعويض الزوج حـــق المـــرأة ، قال تعالى : " فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جنـــاح عليـــهما فيما افتدت به " [1] .

ثالثاً : المحافظة على النساء من التبذل والفساد بســـبب نقص الرجال ، فقد يعرض للأمة نقص فـــى رجالـــها بســـبب الحروب مثلاً ، فلو لم يبح التعدد لبقى عدد كثير من النساء بـلا عائل يقوم بشئونهن وبلا زوج يحصنـــهن فيكـــن عالـــة علـــى المجتمع وشراً على الأمة .

فالإسلام رسالة إنسانية عليا كلف المسلمون أن ينـــهضوا بها ويقوموا بتبليغها للناس وهم لا يستطيعون النـــهوض بـــهذه الرسالة إلا إذا كانت لهم دولة قوية ولا يتـــم ذلـــك إلا بكـــثرة الأفراد الأقوياء . والدولة صاحبة الرسالة كثيراً مـــا تتعـــرض لأخطار الجهاد فتفقد عدداً كبيراً من الأفراد ولابد مـــن رعايـــة أرامل هؤلاء الذين استشهدوا ولا سبيل إلى حُسن رعايتـــهن إلا بتزويجهن .

كما أنه قد يكون عدد الإناث فى شـــعب مـــن الشـــعوب أكثر من عدد الذكور، كما يحدث عادة فى أعقاب الحـــروب ، بل إن الزيادة تكون أيضا فى أحوال الســـلم ، وهـــذه الزيـــادة توجب التعدد وتفرض الأخذ به لكفالة العدد الزائـــد وإحصائـــه

---

(١) سورة البقرة : الآية (٢٢٩) .

وإلا اضطررن إلى الانحـــراف واقـــتراف الرذيلـــة ، فيفسـد المجتمع وتنحل أخلاقه ، أو إلى أن يقضين حياتـــهن فـــى ألـــم الحرمان وشقاء العزوبة فيفقدن أعصابهن وتضيع ثروة بشـــرية كان من الممكن أن تكون قوة للأمة .

كما أن استعداد الرجل للتناسل أكثر من استعداد المـــرأة، فهو مهيأ للجماع مع زوجته فى أى وقت شاء ، بينما الزوجـــة لا تكون كذلك فى بعض الأحيان (فـــترة الحيـــض ــ الـــولادة والنفاس ــ الحمل والرضاع) ، فمن نعمة الله أنه أباح التعدد .

وقد يقال :

ــ إن تعدد الزوجات قد يؤدى إلى تفكك الأســـرة لأن العـــداوة بين الضرائر لا تنقطع ويترتب عليها أسوأ النتائج فى حـــل الروابط بين أفراد الأسرة، لأن الأولاد إذا كانوا من أمـــهات مختلفة ينشأون متعادين متباغضين .

ــ وأن التعدد من جانب الزوجات فيه ظلـــم للزوجـــة ، لأنـــه يقابله تعدد من جانب الزوج ، فكيف يبيح الإسلام للـــزوج أن يتزوج بأكثر من امرأة ولا يسمح للمرأة بالزواج بأكثر مـــن رجل .

ــ أن الزوجة تتضرر غالباً من اقتران زوجها بغيرهـــا لأنـــه يؤدى إلى إهدار كرامتها والإجحاف بحقوقها .

وللإجابة على هذه الاعتراضات أقول :

أولاً : أن الإسلام لم يجعل تعدد الزوجـــات واجبـــاً ولا

مستحيلاً ، بل جعله مباحاً للضرورات اللازمة للطبيعة البشرية وللمجتمع الإنساني، فهو تشريع استثنائي يلجأ إليه عند الحاجة الملحة .

أما العداوة التي تكون بين الضرائر في بعضهن وبين أولادهن فمرجعها إلى الغَيْرةَ الطبيعية التي لا يمكن سلامة النفوس منها ويمكن علاجها بإقامة العدل المأمور به بين الضرائر والتسوية بين الأولاد جميعاً في التربية والتعليم والنفقة وعدم تخصيص إحدى الزوجات أو أحد الأولاد بشئ قد ينجم عنه بث بذور العداوة والبغضاء بين أفراد الأسرة كعطية أو منحة أو غير ذلك وهو ما يحذر منه الإسلام . على أن هذه العداوة قد تنشأ ولو مع عدم تعدد الزوجات كأن يكون للزوج أولاد من أمهات مختلفة تزوج إحداهن بعد الأخرى بسبب طلاق أو موت فتنشأ بينهم العداوة كما تنشأ في حال تعدد الزوجات ، ومع ذلك فإن هذا لا يمنع من الزواج أصلاً ولا من الزواج بعد طلاق الأولى أو موتها ، وكذلك تعدد الزوجات[1] .

ومع التسليم بأن إباحة التعدد قد يؤدى إلى مفاسد لعداوة الضرائر وما يترتب على تعدد أمهات الأولاد من متاعب

---

(١) الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، للأستاذ / عبد الهادى إدريس أبو أصبع ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤ م ، ص ١٤٢ .

ومنافسات ومباغضات فإن الشارع رأى أن مضار التعدد أخف من مضار حظره، فاتقي أشد الضررين وأباح التعدد وقيده بأربع فكان وسطاً معتدلاً . ورغم كل هذا فإن الاقتصار على زوجة واحدة هو الأمثل والأفضل ، وهو مفهوم قوله تعالى : " فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة " .

ثانيا : لا يخفى على أحد إباحة الإسلام تعدد الزوجات ومنع تعدد الأزواج ، لأنه لو أبيح تعدد الأزواج بحيث جاز للمرأة أن تكون عند زوجين فأكثر في وقت واحد لضاعت الأنساب فلا يعرف الولد لأي الأزواج ولاقتتل الأزواج واشتدت الفتنة ولساء حال المرأة التي يتنافس عليها شركاء متشاكسون من الرجال .

ثالثاً : رغم أن الإسلام يسمح بتعدد الزوجات ، ورغم ذلك فإن هذا النظام لا يحقق ضرراً للزوجة لأن إمكانية طلب الطلاق من الزوجة وتطليق المحكمة وكذلك يجوز للمرأة أن تطلب الخُلع مع تعويض الزوج. قال تعالى : " فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[1] .

فالإسلام يهتم بصياغة الإنسان على نحو يقدر مصالح الأمة ويعنى بخدمتها كقانون أعلى للفكر والسلوك ، والمؤمن الحق والمؤمنات الصادقات ، يعايشون نظام التعدد كحق

---

(١) من سورة البقرة : الآية (٢٢٩) .

للرجل ومصلحة الأمة ونسائها. ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم تردد ، أما إذا لم تظهر هذه المصلحة، فإن الأمر إلى المرأة الجديدة ، ولا أحد يستطيع أن يجبر امرأة على قبول الزواج برجل متزوج ، فالإسلام يدع الأمر لرضاها ، فإذا قبلت الزواج به عن طيب خاطر كان ذلك دليلاً على أن هذا الوضع لا ينطوى فى نظرها على ضرر ولا إهدار للكرامة ولا إجحاف بحق .

وينبغى الإشارة هنا إلى أن العالم الغربى أصبح يعترف ويشجع أى شخصين قررا أن يعيشا معاً كزوجين ، بل أصبح لا يعترض على أن يكون الشخصان من نفس الجنس . ونحن نرى حديثاً فى الصحف زفاف شخصين ومعهما الأطفال الذين أنجبوهم قبل الزواج الرسمى الذى يأتى كمرحلة تالية ، كما نرى شخصيات سياسية وغير سياسية لها علاقات جنسية بنساء غير زوجاتهم ، بل أنجبوا منهن وعرف هذا عنهم إعلامياً ، ومع ذلك لم ينتقده الناس فى بلادهم ، فإذا لم يكن هذا تعدد للزوجات فبماذا نسميه ؟

وفى دراستين نشرتا فى أمريكا على مدى ثلاثين عاماً وُجد أن نسبة ثابتة قدرها حوالى ٥٠% من الأزواج مارسوا أو يمارسون علاقات جنسية خارج الزواج ، وأنه فى خلال ٢٥ عاماً كانت نسبة النساء اللائى يقل سنهن عن ٤٠ ويمارسن علاقات خارج الزواج قد ارتفعت من ٢٦ إلى٣٨%.

ولنا أن نتساءل مرة أخرى ، ألا تشير الإحصائية التـــى تقول أن ٥٠% من الأزواج الأمريكيين قد مارســـوا علاقــات جنسية خارج نطاق الزواج إلى أنهم قد مارسوا تعدد الزوجــات الذى أخذ دائما على الإسلام فى العالم الغربى . أما لـــو كــان المطلوب هو التصريح بمتعة اقتناص فرصة علاقة جنسية فـــى الخفاء والهروب من مسئولية طفل جاء نتيجة لـــهذه العلاقــة ، فإن الأمر يصبح خارج نطاق المناقشة .

تعدد زوجات النبى :

روى أنه صلى الله عليه وسلم اجتمع فى عصمته عشـــر زوجات وتوفى عن تسع منهن وهى من خصوصياته صلـــى الله عليه وسلم .

ولو رجعنا إلى سيرة زوجات رسول الله ـ صلـــى الله عليه وسلم ـ لظهر لنا بالدليل القاطع نبل الرســـول وشـــهامته وسمو غرضه وجميل إحسانه خلافا لما يقوله أعـــداء الإســـلام الأفاكين الذين امتلأت قلوبهم بالحقد الأسود فأعماهم عن رؤيـــة نور الحق الساطع دائما .

لقد تزوج نبينا محمد ـ صلى الله عليه وسلم ـ الســـيدة خديجة شابا ومكث معها ثمانية وعشـــرين عامـــا حتـــى بعـــد الخمسين من عمره . فلو كان للهوى سلطان على قلـــب النبـــى لتزوج فى حال الشباب ولـــتزوج الأبكـــار. وتـــزوج عائشـــة وحفصة لمكانة أبى بكر وعمر منه . وتزوج الأخريات ولســـن

ذوات جمال أو مال أو مكانة ، ولكن لدعوة الإسلام والرغبة في تأليف القبائل وحماية نساء زعمائها بعد الغزوات التي جعلته يتزوجهن وهن متقدمات في السن أو ذوات ولد ليدفع عنهن وحشة من فقد من أزواجهن ، وليرفعهن إلى مرتبة أمهات المؤمنين ، فلم يكن زواجه عليه السلام لشهوة أو غرام.

كما أنه صلى الله عليه وسلم تزوج جميع زوجاته قبل أن تنزل آية الاقتصار على أربع شأنه في ذلك شأن المتبع في الحياة العربية يومئذ . وقد نزلت الآية في السنة الثامنة للهجرة، وكان صلى الله عليه وسلم قد تزوج بنسائه جميعاً وقبل نزول الآية لم يكن التعدد محظوراً بل لم يكن له حد يقف عنده ، وذلك مما يسقط قول القائلين أن محمد أباح لنفسه ما حرم على الناس .

وقد نشرت مجلة ريدرج دايجست الأمريكية في عدد أغسطس ١٩٩٥ أن نسبة الأطفال غير الشرعيين في الكيانات التي تحصل على معونة مالية ارتفعت من ٢٠% عام ١٩٦١ إلى ٥٥% عام ١٩٩٣ ، وتساءلت المجلة ، هل نحن الأمريكيين نشجع غير الإنجاب الشرعي ؟

وقبل عام ١٩٣٨ م كان الرفض المتأصل للجمع بين الزوجات يؤدي إلى إلغاء الزواج الثاني وعواقبه ولكن التطوير الذي جرى في إنجلترا بعد ذلك هو أنه أصبح ممكناً الحكم بعد سنوات من غياب الزوجة بانتهاء الزوجية بعد

الاستقصاء واعتبار الزواج الأول منتهياً حتى لو ظهرت الزوجة الأولى ثانية . ولنا أن نتساءل الآن ، ماذا بقى من اللافتة الكبيرة التى ترفعها المجتمعات التى تقول ممنوع منعاً باتاً الزواج بأكثر من واحدة . ومع ذلك فقد تلقى الإسلام نقداً على مدى التاريخ للسماح بالزواج من أكثر من واحدة فى حين أن كل ما فعله الإسلام هو أن قنن ما يتمشى مع الطبيعة البشرية بعد أن حبذ الزواج بواحدة (١) .

وقد كان لهذا التشريع والأخذ به فى العالم الإسلامى فضل كبير فى بقائه نقياً بعيداً عن الرذائل الاجتماعية والنقائص الخلقية التى فشت فى المجتمعات التى لا تؤمن بالتعدد ولا تعتبر به كما كثر فيها كثرة المواليد من السفاح وضياع النسب الصحيح بالإضافة إلى انتشار الأمراض الخبيثة والعقد النفسية نتيجة عدم استطاعة المرأة أو الرجل مصارحة الطرف الآخر بالعلاقة السرية التى يمارسها لكى يتخلص كل منهم من الضغط النفسى الناتج عن الإخفاء .

فهذه المفاسد وغيرها كانت النتيجة الطبيعية لمخالفة الفطرة والانحراف عن تعاليم الله وهى أقوى دليل وأبلغ حجة على أن وجهة الإسلام هى أسلم وجهة وأن تشريعه هو أنسب

---

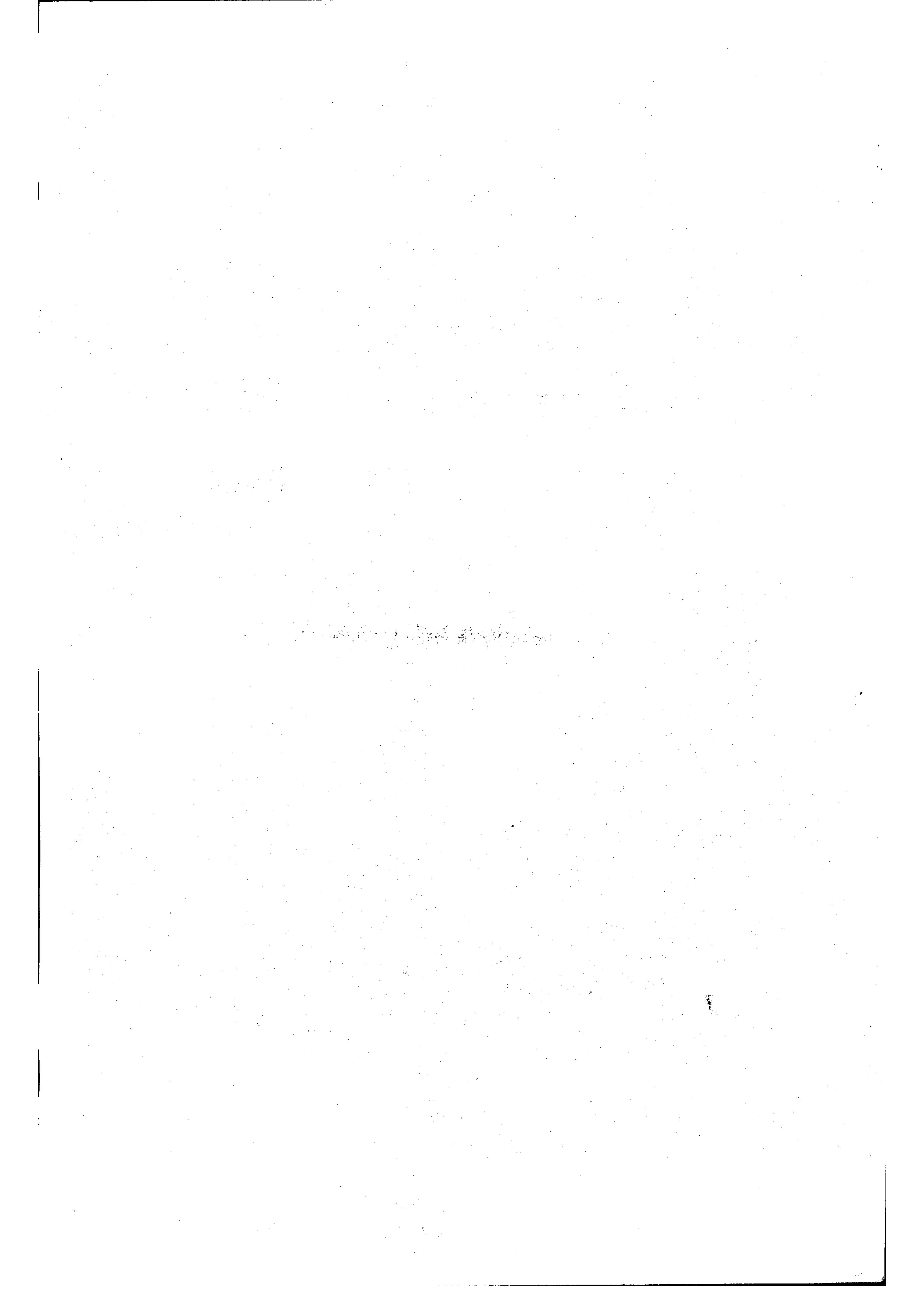
(١) مسيرة العالم الطويلة إلى التشريع الإسلامى ، د . حافظ شريف ، مطابع الأهرام التجارية ، مصر ١٩٩٧ م ، ص ٢٠ ، ص ٢١ .

تشريع لإنسان يعيش على الأرض .

وقد يقول قائل : طالما أن الرسول محمد ـ صلى الله عليه وسلم ـ قد تزوج جميع زوجاته قبل أن تنزل آية الاقتصار على أربع ، فلماذا لم يستبق النبى أربعاً من نسائه ويفارق الباقيات بعد نزول آية الاقتصار على أربع .

ويمكن الرد على هذا التأويل : بأن تصور موقف صاحب النبوة والرسالة من نسائه وهن أمهات المؤمنين وزواجه بهن كان لروابط وعلاقات ترجع فى أول الأمر وآخره إلى اضطلاعه بالرسالة السماوية، ولهذا كانت خاصية إبقائه على زوجاته أمهات المؤمنين بعد نزول التشريع الدينى بالاقتصار على زوجات أربع ، أنه صلى الله عليه وسلم تزوج جميع زوجاته أرامل عدا السيدة عائشة .

النتائج والتوصيات



النتائج والتوصيات

أولاً : أهم نتائج البحث :

من خلال رحلتى مع هذا الموضوع يتضح لى إنه :

١- لم تأت الشريعة الإسلامية لجماعة دون جماعة أو لقوم دون قوم، أو لدولة دون دولة وإنما جاءت للناس كافة من عرب وعجم، شرقيين وغربيين على اختلاف مشاربهم وتباين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم، فهى شريعة كل أسرة وشريعة كل قبيلة وشريعة كل جماعة وشريعة كل دولة بل هى الشريعة العالمية التى استطاع علماء القانون الوضعى أن يتخيلوها ولم يستطيعوا أن يوجدوها.

٢- إن ترك الناس وشأنهم فى ترتيب ما يشاءون من آثار على العقود، وفقاً لرغباتهم وأهوائهم التى لا تنتهى عند حد، قد يترتب عليه وقوع كثير منهم فى مخالفات كثيرة لشرع الله، لذا لم يترك الشارع أمر الشروط يسير حسب أهواء المتعاقدين ورغباتهما الشخصية، بل نظم للناس تلك الشروط بما يرفع عنهم الحرج ويحقق لهم مصالحهم الحقيقية، ومن ثم أجاز أنواعاً أخرى.

٣- أن تعليق العقود وغيرها بالشروط، أمر قد تدعوا إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة فلا يستغنى عنه المكلف.

وإذا صح تعليق الغاية فتعليق الوسيلة أولى بالصحة.

٤ـ الشرط يقترن بالعقد فى كل الأحوال سواء أكان العقد منجزاً أم مضافاً أم معلقاً وسواء أكان مؤبداً أم مؤقتاً كأن نقول جعلت أرضى هذه صدقة أو موقوفة على الفقراء بشرط أن تقضى حوائج فقراء قرابة الواقف أولا، أو يقول شخص إن مت فقد جعلت لك زراعة حقلى هذا سنة على ألا تغرس فيه شجراً .

٥ـ هناك قيود واردة على حرية الاشتراط أهما :

١- عدم مخالفة أوامر الشارع ونواهيه فلا يجوز الاتفاق على تحريم ما أمر الله تعالى به ولا على الالتزام بما حرمه الله سبحانه وتعالى.

٢- عدم جواز الاتفاق على فعل ما نهى الله عنه ، و ترك ما أوجبه الله وذلك لأن فعل الواجب وترك المحرم ثابت شرعاً بدون أى اتفاق، فالاتفاق لا معنى له.

٣- ألا يكون الاتفاق منافياً للمقاصد العامة للشارع عز وجل التى ظهر كونها من مقاصده من الكتاب أو السنة، فلا يجوز أن يوصى شخص لزوجته بقدر معين من تركته فوق ميراثها ويشترط عليها ألا تتزوج من بعد وفاته، فإن الامتناع عن الزواج فى حد ذاته أو الإقدام عليه أمر جائز، ولكن شرط المشترط له فيه اصطدام مع ما ظهر من قصد الشارع من الحث على

الزواج والندب إليه، فالشارع يندب وهو يمنع فلا يلتفت إلى منعه بل يعمل بندب الشارع، فمثل ذلك الشرط لا يعول عليه وهذا المعنى مما انفرد به ابن تيمية – رضى الله عنه.

٤– يجب أن يكون الشرط محققاً لفائدة مشروعة ومعقولة وأن تكون هذه الفائدة ظاهرة وذلك لأنه ما لا يفيد فهو غير مشروع كقاعدة عامة. وجميع القائلين بتعليل الأحكام نصّوا على أنها معللة بمصالح العباد فلا يشرع أمر جوازا أو وجوباً، إلا حيث تكون فيه فائدة ظاهرة والعقود والتصرفات لا وجه لإخراجها من هذا العموم.

٦– هناك مصطلحين للشروط الصحية المقترنة بالعقود :

* فمن ذهب إلى أن الأصل فى اقتران العقود بالشروط أو تعليقها عليها الإباحة يرى أن الشروط الصحيحة هى (التى لم يرد عن الشارع نهى عنها بخصوصها ولا تتنافى مع دين الله وشرعه، سواء قام الدليل المعين على اعتبارها أو لم يقم وسواء وافقت مقتضى العقد أو لم توافقه، فالأصل عندهم فى الاعتداد بالشرط من عدمه هو الجواز والصحة.

* ومن ذهب إلى أن الأصل فى اقتران العقود بالشووط أو تعليقها عليها الحظر يرى أن الشروط الصحيحة هى (التى توافق مقتضى العقد أو تلائمه أو لتى يدل على مشروعيتها

دليل معين من الأدلة المعتبرة فى إثبـــات الأحكـــام الشـــرعية كالأدلة المتفق عليها (القرآن والســـنة والإجمـــاع والقيـــاس)، والأدلة المختلف عليها عند البعض، وماعدا ذلك من الشـــروط فليس صحيحاً.

ومن ثم فقد أباح الأولون الشروط التى تصحـــب عقـــد الزواج وأوجبوا الوفاء بها كاشتراط المرأة ألا يـــتزوج عليـــها الرجل أو ألا ينقلها من دارها أو بلدها وأعطـــوا المـــرأة حـــق الفسخ إذا خالف الزوج ما شرط على نفسه.

والآخرون منعوا صحة هذه الشروط أو أكثرهـــا بنـــاء على الأصل الذى أصلوه فى الشروط وساروا عليه.

وبناء على ذلك : فإن ما يشترطه أحد الزوجيـــن علـــى الآخر لتحقيق مصلحة له فى ذلك دون أن يقتضى العقـــد ذلـــك الشرط كما أن هذا الشرط لا ينافيه ولا يخل بمقصـــد أساســـى من مقاصد العقد كما إنه لا يتنافى مع مبدأ أساسى من مبـــادئ الشريعة، فإنه لا مانع من أن يشترط مـــن لـــه مصلحـــة مـــن الزوجين مثل ذلك الشرط على الآخر.

وبالنسبة للاشتراط فى عقد الزواج :

١- لقد أهتم الإسلام بالزواج أيما اهتمـــام ووضـــع لـــه مـــن الضوابط والروابط ما يحقق الهدف منه وهـــو الاســـتقرار المنشود والبيئة الصالحة التى تنتظم معها شـــئون الأســـرة ولا تتعرض فى ظلالها لأى هزة تؤثـــر علـــى مســـارها

الصحيح أو تجعلها عرضة للفوضى والضياع .

ومن أهم ما وضعه الإسلام لتكوين الحياة الزوجية وبناء الأسرة الدقة فى حسن الاختيار على أساس من الدين والخلق والبيئة الصالحة.

وقد نظر القرآن الكريم إلى ما للزواج من هذه المكانة السامية فى حياة الفرد والأسرة والأمة فنوه بشأنه ورفعه عن أن يكون عقداً تتم التزاماته بالإيجاب والقبول وشهادة الشهود.

فجعله ميثاقاً تتحمل الضمائر التى تعرف معنى الميثاق مسئوليته وتكافح جهدها فى سبيل المحافظة والوفاء به مما قد يعترضه من شدائد وصعوبات ثم لم يكتف بجعله ميثاقاً كيفما اتفق تعتريه الرقة وخفة الميزان فيتعرض للنقص كلما أراد عابث أو مأفون بل جعله ميثاقاً غليظاً وعهداً قوياً فيربط القلوب ويحفظ المصالح ويندمج به كل من الطرفين فى صاحبه فيتحد شعورهما وتلتقى رغباتهما ويكون شخصه ماثلاً دائماً بين أعينهما لا يمكن تناسيه ولا تقع الغفلة عنه.

قال تعالى : " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً وكيف تأخذون وقد أفضى بعضكم إلى بعض وآخذن منكم ميثاقاً غليظاً " [١] .

---

(١) من سورة النساء : الآيات (٢٠ ، ٢١).

وبالنسبة للاشتراط فى وثيقة الزوج الجديد قد يقول قائل: أن وثيقة الزواج الجديدة بمواصفاتها الجديدة أصبحت أكثر ضمانا للحقوق وأبعد كثيرا عن إمكانية التزوير أو إنكارها نهائيا كما كان يحدث.

حيث وضع صورتى الزوجين مع أخذ بصمة الإبهام لهما ، مما جعل عقد الزواج الجديد لا شبهة فيه ولا مجال للطعن عليه.

وبالتالى فليس فيها ما يعاب خصوصا إذا ما لاحظنا أن غالبية المشاكل فى الأحوال الشخصية تنشأ نتيجة لعدم اتفاق الطرفين قبل الزواج على أشياء كثيرة لو كانا قد اتفقا عليها مسبقا لكانت كثير من الأمور اختلفت.

ومن المستحدث فى هذا الشأن وثيقة المراجعة التى كانت على نفس عقد الزواج أما الآن فهى وثيقة مستقلة برسم دمغة مستقل يتم فيها إثبات مراجعة الزوج لزوجته وبذلك أضحى لزاما على الزوج أن يراجع زوجته كتابة عن طريق المأذون.

فأقول : لهم إنه من المسلم به أن فقه النصوص والشريعة لا ينفصل عن فقه الواقع ومن ثم فإن انفصال أحدهما عن الآخر يستتبع خللا لا تكون به الفتوى الشرعية واقعة موقعها الصحيح ، وبالنسبة للمستحدث بشأن صورتى الزوجين لا غبار عليه .

أما ما جاء بالفقرة الخاصة بإباحة الاشتراط لكلا الزوجين فإنها مرفوضة شرعا وقانوناً من حيث الشكل والموضوع.

فأما من حيث الشكل :

جاء فى قرار وزير العدل رقم (١٧٢٧) لسنة (٢٠٠٠) فى المادة (٢٧) بعد ذكر عدة شروط على سبيل المثال. (وذلك كله فيما يزيد على الحقوق المقررة شرعاً قانوناً ولا يمس حقوق الغير) وجاء فى هامش رقم (٢) من وثيقة الزواج الجديدة. (يجوز للزوجين الاتفاق على آية أمور بشرط ألا يكون الاتفاق على أمر يحل حراماً أو يحرم حلالاً).

وكان الأولى أن تكون الصياغة على النحو التالى : (وذلك فيما يزيد ولا ينقص من الحقوق المقررة قانوناً، إذ أن عدم المخالفة للحقوق المقررة قانوناً تصدق على الزيادة كما تصدق على النقص).

وأما من حيث الموضوع :

١ــ من المسلم به أن آثار عقد الزواج فى ظل التشريع الإسلامى إنما هى من عمل المشرع جل جلاله حيث تقتصر إرادة الراغب فى الزواج على الدخول فى المركز القانونى المنظم من قبل لهذا العقد بمقتضى إرادة الشارع تبارك وتعالى.

وليس ذلك بغريب حتى فى نطاق جانب من التشريعات

الوضعية كما هى الحال فيما سنه القانون الإدارى من تحديد للمركز القانونى للموظف العمومى مثلاً حيث تقتصر إرادة الراغب فى الوظيفة على الدخول فى المركز القانونى المنظم من قبل بمقتضى إرادة المشرع الوضعى.

فالشريعة الإسلامية لا ترضى بكل شرط يخل بمقصد أساس من مقاصد النكاح أو يخرجه عن تحقيق الهدف المنشود والغاية من تشريعه كالشرط الذى يجعل من النكاح مجرد وسيلة لإشباع بعض الشهوات الوقتية كنكاح المتعة والنكاح المؤقت بمدة معينة طالت أو قصرت فإن ذلك يتنافى مع ما قصده الشارع من دوام العشرة والشعور بالأمن والأمان للحياة الزوجية.

٢ـ إن العلاقة الزوجية تقوم أول ما تقوم على الثقة المتبادلة والمفترضة بين العاقدين ولا شك أن كل شرط يفترض ابتداء الإخلال بتلك الثقة إنما هو مدعاة إلى التشاؤم بدلاً من التفاؤل، وسوء الظن الذى يحيل حياة الزوجين إلى توجس وخيفة بدلاً من أن تكون حياة آمن واستقرار وسكينة.

وذلك هو ما يستتبع إفراغ عقد الزواج من مضمونه الروحى والمعنوى المشار إليه فى قوله تعالى (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون).

ولئن كان الأصل القانونى يفترض حسن النية فى تنفيذ

العقود المالية، أفلا يكون عقد الزواج هو الأولى بذلك الافتراض.

٣ـ إنه من المسلم به قانوناً وقضاء وفقهاً أن الاتفاق على جعل العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند إخلال أحد طرفيه بشرط من شروطه، لا يرتب هذا الأثر إلا بمقتضى حكم قضائي وإن كان الحكم فى تلك الحالة يكون حكماً كاشفاً لا منشئاً.

ومن ثم فإن القول بأن تضمين وثيقة الزواج لتلك الشروط سوف يخفض من عبء القضاء إنما هو قول يجافى الحقيقة العملية بيقين.

٤ـ إذا كان القصد المعلن من إقرار بند تضمين وثيقة الزواج الجديدة شروطاً لمصلحة أحد الزوجين هو حماية الزوجة المصرية المسلمة من افتئات زوجها وطغيانه عليها فلم قصرت تلك الرغبة فى تلك الحماية على الزوجة المصرية المسلمة دون غيرها من الزوجات المصريات؟ أو ليست الزوجة المصرية غير المسلمة هى زوجة مصرية كذلك تستأهل إسباغ تلك الحماية عليها.

٥ـ وإذا قيل أن من بواعث تضمين وثيقة الزواج الجديدة هو حماية الزوجات المصريات المتزوجات من غير مصريين لما ينطق به واقع الحال من المآسى المترتبة على مثل هذه الزيجات.

فالرد أن السبيل إلى ذلك لن يتحقق عن طريق تعديل وثيقة الزواج وذلك لسبب جوهري هو:

* إن قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص تشير إلى القانون الواجب التطبيق بخصوص المسائل المتعلقة بشئون الأسرة أو بالأحوال الشخصية، وغالبا ما تشير تلك القواعد إلى تحكيم قانون الزوج وقد لا يعترف قانون الزوج بما ورد في تلك الوثيقة من شروط لمخالفتها في نظره للقانون الوطني الواجب التطبيق.

وذلك فضلا عن تعذر تنفيذ ما يصدره القضاء المصري من أحكام على الأجنبي الذي لا يقيم على أرض مصر لأسباب معروفة. وبالتالي فإن ما تضمنته الوثيقة الجديدة من تضمينها شروطا معينة لن يحقق تلك الحماية الموجودة.

والوسيلة إلى حماية الزوجة المصرية المتزوجة من غير مصري يمكن أن تتحقق من خلال ما يلي:

أ - ضمان السفارة التي يتبع الزوج جنسيتها لحقوق الزوجة المصرية ، وبخاصة أن المادة الخامسة من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٧٦ المعدل للقانون رقم ٦٨ الصادر في سنة ١٩٤٧م قد نصت على ضرورة تقديم الزوج الأجنبي لما يفيد موافقة الدولة التي يتبع الزوج جنسيتها على الزواج من المصرية فضلا عن ضرورة تقديمه لما يفيد وضعه ومصادر دخله.

ب- إبلاغ السفارات المصرية بكل زيجة تتم بين مصرية وغير مصرى وتسجيل البيانات الخاصة بكل من الزوج والزوجة مع إيجاب قيام السفارات المصرية بالانضمام إلى الزوجة المصرية فيما يرفع منها من دعاوى أمام القضاء غير المصرى والعمل على حمايتها وصيانة كرامتها التى هى جزء من كرامة الدولة المصرية ككل؟

وهذه المقترحات تمثل فاتحة البحث عن وسائل جديدة لحماية الزوجات المصريات المتزوجات من غير مصريين.

٦ـ إن أى محاولة لتقريب عقد الزواج فى ظل الشريعة الإسلامية بمثل هذا العقد فى الشرائع الدينية الأخرى تمهيدا لإصدار قانون موضوعى يحكم عقد الزواج بالنسبة للمصريين كافة إنما هى محاولة ينص عليها بعدم المشروعية إسلاميا فضلا عن أنها مرفوضة اجتماعيا بالإضافة إلى ما تمثله من مخالفة دستورية.

ثانيا : التوصيات :

يظهر مما تقدم : أن مشروع الوثيقة الجديدة ، وخاصة الفقرة التى تتيح لأحد الزوجين الاشتراط على الطرف الآخر لا يتفق مع ما تقضى به الشريعة الإسلامية بل ولا يتفق ونصوص القانون الوضعى القائم.

وبناء عليه : أطالب بحذف الفقرة التى تبيح لأحد الزوجين أن يشترط على الآخر شرطا يحقق له منفعة.

فالوثيقة بشكلها الحالى وإن كانت قد أصبحت مسايرة لروح العصر ولكن ما اشتملت عليه من تعديلات يستلزم تغيير الكثير من سلوكياتنا.

فلابد من توافر الوعى الدينى بصورة أكبر مما هو عليه الآن كى يعى المرء ما له وما عليه من حقوق وواجبات داخل نطاق الشرع حيث إن من أهم الإضافات فى الوثيقة الجديدة إضافة بند خاص بالشروط التى يتفق عليها الزوجان.

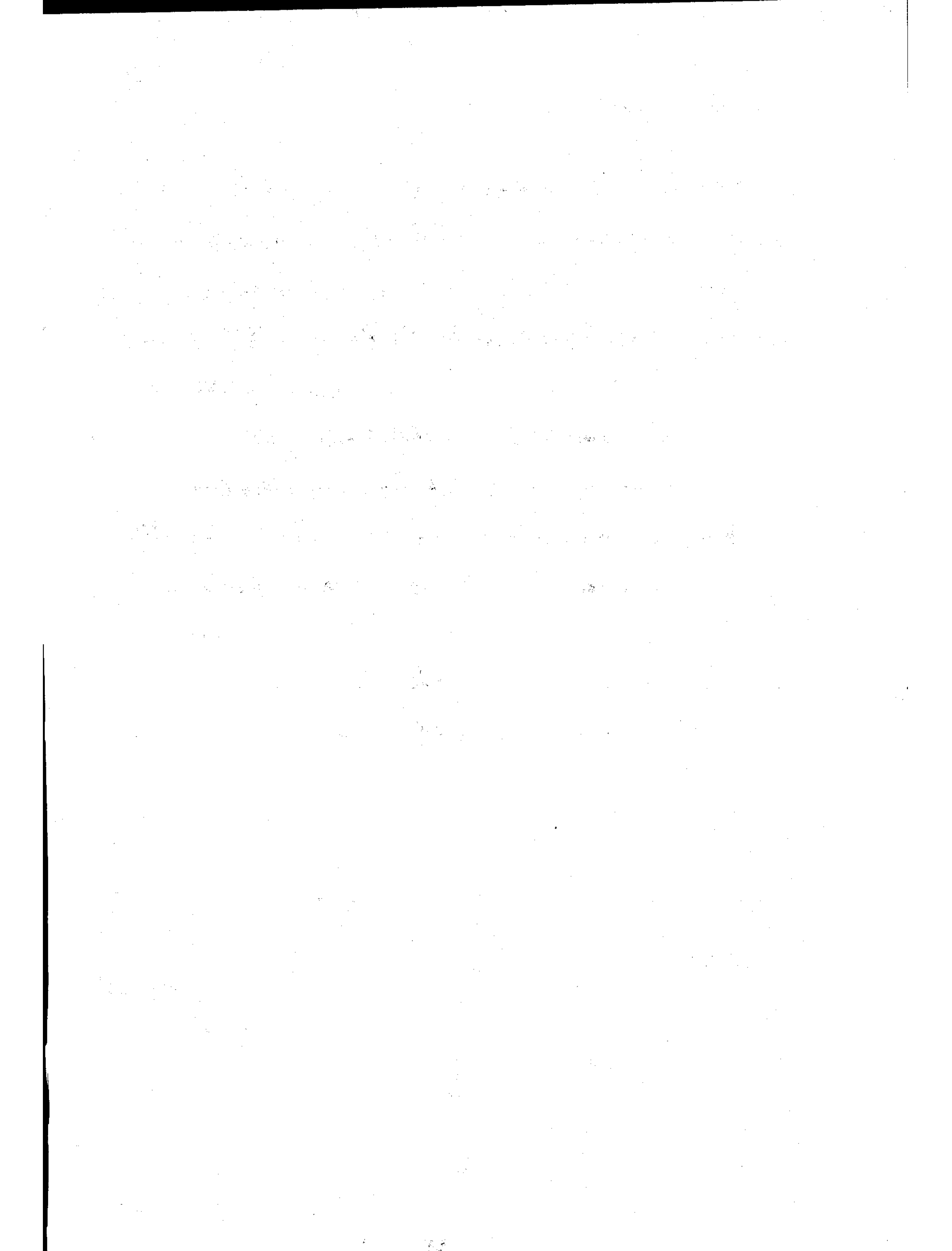
كما إنه من المعلوم أن صدور التشريعات أو تعديلها إنما يكون لمواجهة ظاهرة طرأت على المجتمع تستأهل ضرورة مواجهتها بما يناسب من تشريعات، فما هى تلك الظواهر التى استجدت على المجتمع المصرى حتى استأهل الأمر هذا السيل المتتابع من التشريعات المتعلقة بشئون الأسرة وبخاصة عقد الزواج أو التعديل الضمنى له ؟

إن التشريعات المتعلقة بشئون الأسرة تهدف أول ما

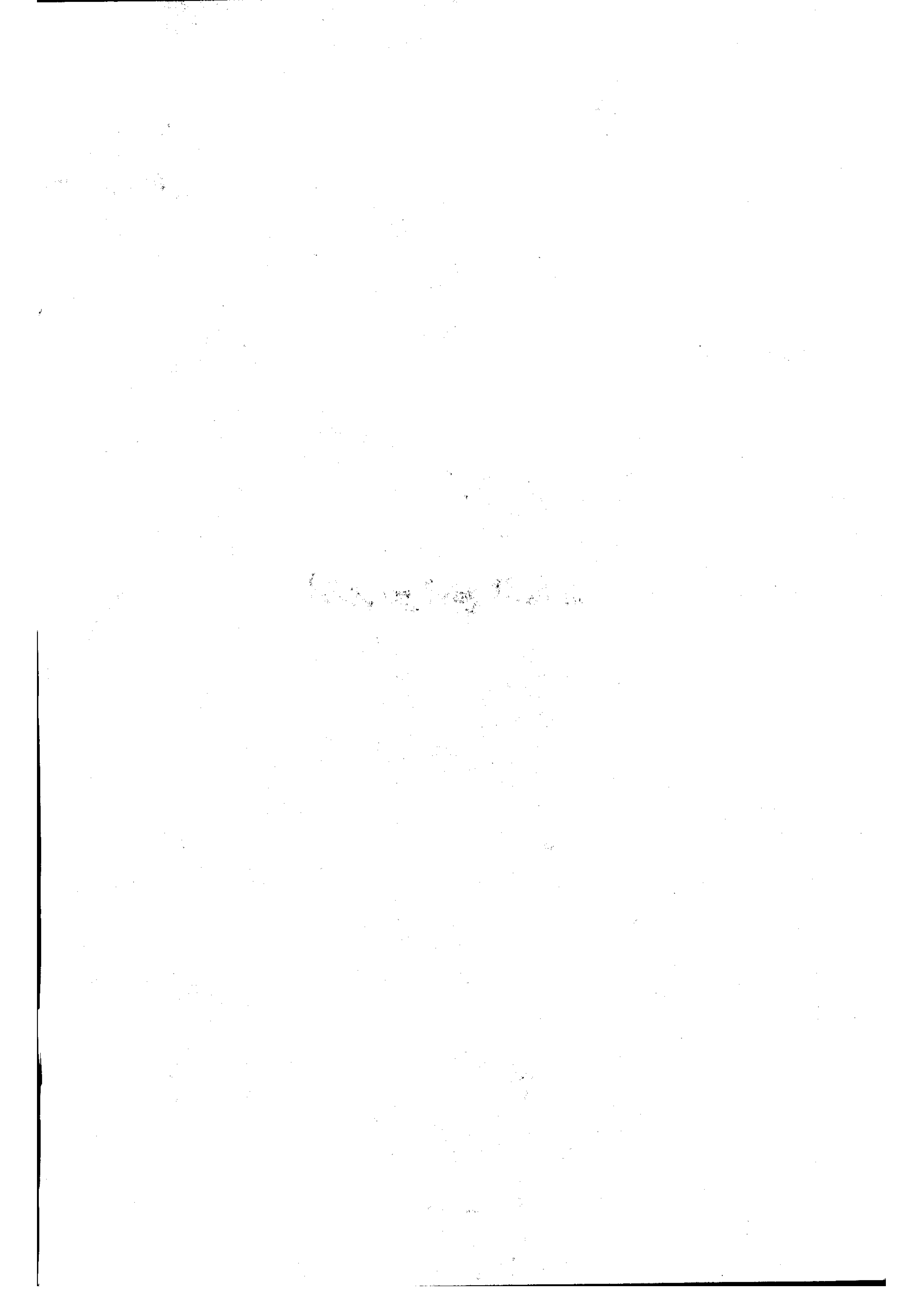
تهدف إلى الحفاظ على كيان الأسرة ابتداء بمقتضى مـــا تســنه من أحكام تحقق التوازن بين الحقوق والواجبات ومن ثــم فــإن كل تشريع يعمل على حماية طرف دون آخر، ســوف يســتتبع خللا تكون الأسرة هى ضحيته وبالتالى يكون مثل هذا التشــريع محققا لعكس مقصوده.

ولعلنا لا ننسى ذلك الأمس غـــير البعيــد فــى نهايــة السبعينيات والذى صدر خلاله قرار بقـــانون يتعلــق بشــئون الأسرة كان محلا للنعى عليه بعدم الدســتورية مــن محكمتنــا الدستورية، ثم التشريع الصادر عام ١٩٨٥م، والذى حكم أيضــا بعدم دستوريته.

فهل كتب على نظام الأسرة عند الأعـــم الأغلــب مــن المصريين أن يكون عرضة لتلك الموجة من التغيير المتلاحق.



أهم مراجع البحث



أهم مراجع البحث

بعد القرآن الكريم .

أولاً : كتب التفسير وأحكام القرآن :

- أحكام القرآن ، أبو بكر أحمد بن على الرازى الجصاص ، متوفى (سنة ٣٧٠ هـ) ، طبعة مطبعة الأوقاف ، ١٣٣٥ هـ .
- تفسير القرآن العظيم ، إسماعيل بن كثير القرشى الدمشقى ، متوفى (سنة ٧٧٤ هـ) ، طبعة سنة ١٣٦٧ هـ ــ ١٩٤٨ م .
- تفسير القرطبى ــ الجامع لأحكام القرآن ، للإمام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أحمد بن أبى بكر بن فرج الأنصارى القرطبى ، المتوفى (سنة ٦٧١ هـ) ، طبعة دار الغد العربى .
- مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير ، للإمام فخر الدين محمد بن عمر ابن الحسين بن الحسن بن على التيمى البكرى الرازى الشافعى ، الناشر دار الغد العربى .

ثانياً : كتب السنّة النبوية :

- الأربعين النووية فى الأحاديث الصحيحة النبوية ، ليحيى بن شرف الدين النووى (٦٧٦ هـ) ، مطبعة الشمرلى ، الطبعة الثانية .
- التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ، الشيخ / منصور على ناصف ، طبعة عيسى البابى الحلبى ، سنة ١٣٥١ هـ ــ ١٩٣٢ م .

- التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، ابـــن حجـــر العسقلانى (٨٥٢ هـ) ، مطبوع مـــع كتـــاب المجمـــوع للنـــووى ، المطبعة الأنصارية ، ١٣٠٢ هـ ، دلهى بالهند .
- المستدرك ، أبـــو عبـــد الله محمـــد عبـــد الله المعـــروف بالحـــاكم النيسابورى (٤٠٥ هـ) ، الطبعة الأولى ، ١٣٤٠ هـ .
- الموطأ ، مالك بن أنس (١٧٩ هـ) ، طبعة مطبعة السعادة بـــهامش المنتقى .
- زاد المعاد فى هدى خير العباد ، أبو عبد الله محمد بن أبـــى بكـــر المعروف بابن قيم الجوزية (٧٥١ هـ) ، الطبعـــة الأولـــى ، ســـنة ١٣٥٣ هـ ـ ١٩٣٤ م .
- سبل السلام شرح بلوغ المرام ، للشيخ الإمام محمد بـــن إســـماعيل الأمير اليمنى الصنعانى ، المتوفى (سنة ١١٨٢ هـ) ، طبعـــة دار الحديث ، القاهرة .
- سنن أبى داود ، أبو داود سليمان بن الأشـــعث السجســـتانى (٢٧٥ هـ) ، مطبعة السعادة ، ١٣٦٩ هـ .
- صحيح البخارى ، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخـــارى (٢٥٦ هـ) ، بشرح محمد بن عبد الله بن بـــهادر المشـــهور ببـــدر الديـــن الزركشى، المطبعة المصرية ، ١٣٥١ هـ ـ ١٩٣٢ م ، وطبعـــة أخرى لمطبعة محمد على صبيح بالأزهر .
- صحيح الترمذى ، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سوره الـــترمذى (٢٧٩ هـ) ، المطبعة المصرية بالأزهر ، ١٣٥٠ هـ .

- صحيح مسلم ، مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابورى (٢٦١ هـ) ، بشرح النووى ، مطبعة محمود توفيق بالدراسة .
- فتح البارى فى شرح صحيح البخارى ، شهاب الدين أحمد بن على بن محمد المعروف بابن حجر العسقلانى (٨٥٢ هـ) ، المطبعية البهية .
- مسند الإمام أحمد ، أحمد بن حنبل (٢٤١ هـ) ، المطبعة الميمنية، سنة ١٣١٣ هـ .
- نيل الأوطار فى شرح منتقى الأخبار ، محمد بن على الشوكانى (١٢٥٥ هـ) ، مطبعة البابى الحلبى ، سنة ١٣٧٢ هـ .

ثالثاً : كتب اللغة العربية :

- التعريفات ، للشريف على بن محمد الجرجانى ، المكتبة الفيصلية ، مكة المكرمة .
- القاموس المحيط ، محمد بن يعقوب مجد الدين الفيوزرزابادى (٨١٧ هـ)، مطبعة دار المأمور بمصر، الطبعة الرابعة ، سنة ١٣٥٧ هـ.
- المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى ، أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى (٧٧٠ هـ) ، المطبعة الأميرية بالقاهرة ، الطبعة السابعة ، سنة ١٩٢٨ م .
- لسان العرب ، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصارى الإفريقى المصرى (٧١١ هـ) ، طبعة بيروت ، ١٩٥٦م.
- مختار الصحاح ، محمد بن أبى بكر عبد القادر الرازى ، الطبعة الأميرية ، الطبعة الخامسة ، سنة ١٣٥٨ هـ ـ ١٩٣٩ م .

رابعاً : كتب أصول الفقه :

- إدرار الشروق على أنواء الفروق ، ابن الشاط بأسفل الفروق .
- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، محمد بن علي ابن محمد الشوكاني (١٢٥٥ هـ) ، طبعة مصطفى البابي الحلبي الأولى ، سنة ١٣٥٦ هـ ـ ١٩٣٧ .
- أصول الفقه الإسلامي ، أ . د . / أحمد فراج حسين ، أ . د . / عبد الودود محمد السريتي ، طبعة ١٤١٠ هـ ـ ١٩٩٠ م ، مؤسسة الثقافة الجامعية .
- أصول الفقه الإسلامي ، أ . د . / عبد المجيد مطلوب ، دار النهضة العربية ، ١٤١١ هـ ـ ١٩٩١ م .
- أصول الفقه الإسلامي ، أ . د . / محمد مصطفى شلبي ، طبعة ١٤١١ هـ ـ ١٩٩١ م .
- الإحكام في أصول الأحكام ، أبو الحسن سيف الدين الآمدي (٦٣١ هـ) ، مطبعة دار المعارف بالقاهرة ، ١٣٣٢ هـ .
- التحرير ، الكمال بن الهمام (٨٦١ هـ) ، المطبعة الأميرية ، سنة ١٣١٦ هـ .
- التقرير والتحبير ، ابن أمير الحاج (٨٧٩ هـ) شرح التحرير مطبوع على هامشه .
- التلويح على التوضيح ، مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني (٧٩٠ هـ) حاشية على التوضيح لصدر الشريعة ، طبعة محمد علي صبيح ، سنة ١٣١٨ هـ .

- الحكم الشرعى التكليفى ، أ . د . / صلاح زيدان ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٧ هـ ـ ١٩٨٧ م .
- الحكم الشرعى عند الأصوليين ، أ . د . / حسين حامد حسان ، طبعة ١٩٧٢ م .
- الفروق ، للقرافى (٦٨٤ هـ) .
- المستصفى ، أبو حامد محمد بن محمد الغزالى الطوسى (٥٠٥ هـ) ، طبعة القاهرة ، سنة ١٣٢٢ هـ .
- الموافقات فى أصول الأحكام ، أبو اسحاق إبراهيم بن موسى اللخمى الغرناطى المعروف بالشاطبى (٧٩٠ هـ) ، طبعة محمد صبيح، بتحقيق محيى الدين عبد الحميد .
- تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية ، على هامش الفروق .
- دراسات فى أصول الفقه ، أ . د . / السيد صالح عوض ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٠ هـ ـ ١٩٨٠ م ، دار الطباعة المحمدية .
- شرح العضد على مختصر المنتهى ، عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار عضد الدين الإيجى (٧٥٦ هـ) ، شرح على مختصر ابن الحجاب ، المطبعة الأميرية ، الطبعة الأولى ، سنة ١٣١٦ هـ .
- علم أصول الفقه ، الأستاذ / عبد الوهاب خلاف ، طبعة ١٩٦٨م.
- كشف الأسرار على أصول البزدوى ، عبد العزيز البخارى (٧٣٠ هـ) ، طبعة سنة ١٣٠٧ هـ .
- نهاية السول فى شرح منهاج الوصول ، جمال الدين عبد الرحيم الإسنوى (٧٧٢ هـ) ، المطبعة السلفية بالقاهرة ، ١٣٤٥ هـ .

خامساً : كتب الفقه الإسلامى :

أ ـ المذهب الحنفى :

- الأشباه والنظائر ، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المصرى (٩٧٠ هـ) ، المطبعة العلمية .
- الأشباه والنظائر ، للعلامة زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، الشهير بابن نجيم ، المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ، دار الطباعة العامرة ، ١٢٩٠ هـ .
- الخراج ، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم (١٨٣ هـ) ، المطبعة السلفية بمصر ، ١٣٥٢ هـ .
- الدرر الحكام فى شرح غرر الأحكام ، سليمان بن عبد الله المشهور بمنلا خسرو (٨٨٥ هـ) ، طبعة سنة ١٣٠٤ هـ .
- العناية ، محمد بن محمد بن محمود البابرتى (٧٧٦ هـ) ، بهامش فتح القدير ، المطبعة الأميرية بمصر ، سنة ١٣١٥ هـ .
- الفتاوى الهندية ، جماعة من علماء الهند (١٠٧٠ هـ) ، المطبعة الأميرية ، الطبعة الثانية ، ١٣١٠ هـ .
- المبسوط ، محمد بن أحمد بن سهل السرخسى (٤٣٨ هـ) ، طبعة مطبعة جامعة دمشق .
- الهداية مع فتح القدير ، على بن أبى بكر بن عبد الجليل المرغينانى (٥٩٣ هـ) ، المطبعة الأميرية ، الطبعة الأولى .
- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاسانى (٥٨٧ هـ) ، مطبعة الجمالية بمصر ، سنة ١٩١٠ ، الطبعة الأولى .

- تبيين الحقائق فى شرح كنز الدقائق ، فخر الدين عثمان بن على الزيلعى (٧٤٢ هـ) ، المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق ، سنة ١٣١٣ هـ .
- تنوير الأبصار ، للعلامة محمد بن عبد الله بن أحمد الخطيب التمرتاشى ، المتوفى (سنة ١٠٠٤ هـ) ، مطبوع مع شرحه الدر المختار وحاشيتى الطحاوى وابن عابدين عليه .
- جامع الفصولين ، ابن قاضى سماوه (٨٢٣ هـ) ، المطبعة الأزهرية ، سنة ١٣٠٠ هـ .
- رد المحتار على الدر المختار ، محمد أمين بن عمر عابدين الشهير بابن عابدين (١٢٥٢ هـ) ، طبعة مصطفى البابى الحلبى الثانية، سنة ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٦ م .
- شرح السير الكبير ، محمد بن الحسن الشيبانى (١٨٩ هـ) ، طبعة سنة ١٩٥٧ م ، تحقيق د . صلاح منجد .
- فتح القدير شرح الهداية ، كمال الدين بن الهمام (٨٦١ هـ) ، المطبعة الأميرية ، ١٣١٧ هـ .
- قرة عيون الأخبار تكملة رد المحتار ، محمد علاء الدين بن محمد أمين بن عمر عابدين (١٣٠٦ هـ) .
- كنز الدقائق ، حافظ الدين عبد الله بن أحمد بن عبد الله محمود النسفى (٧١٠هـ) ، بهامش البحر الرائق ، المطبعة العلمية .
- نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ، قاضى زاده ، تكملة فتح القدير ، طبعة المطبعة التجارية الكبرى .

ب ـ المذهب المالكي :

- إدرار الشروق على أنواء الفروق ، سراج الدين الشاط بأسفل كتاب الفروق .
- العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والأحكام، أبو محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون الكنانى ، مطبوع بهامش كتاب تبصرة الحكام .
- الفروق ، للإمام أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافى (٦٨٤ هـ) ، طبعة مطبعة دار إحياء الكتب العربية بمكة المكرمة ، سنة ١٣٤٤ هـ .
- المدونة الكبرى ، مالك بن أنس الأصبحى (١٧٩ هـ) ، رواية سحنون بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم ، مطبعة السعادة ، ١٣٢٣ هـ .
- المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات الشرعيات لأمهات مسائلها المشكلات ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (٥٢٥ هـ) ، مطبعة السعادة ، ١٣٢٥ هـ .
- المنتقى شرح الموطأ ، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجى الأندلسى (٤٩٤ هـ) ، مطبعة السعادة ١٣٣٢ هـ .
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن أحمد بن رشد (٥٩٥ هـ) ، مطبعة الاستقامة ، سنة ١٣٥٢ هـ.
- بلغة السالك لأقرب المسالك ، أحمد بن الصاوى (١٢٤١ هـ) حاشية على الشرح الصغير للدردير ، طبعة القاهرة ، سنة ١٣١٠ هـ.

- تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، برهان الدين أبى الوفاء إبراهيم بن شمس الدين أبى عبد الله بن محمد بن فرحون، الطبعة الأولى بمصر ، سنة ١٣٠١ هـ .
- تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية ، للشيخ محمد على حسن مفتى المالكية بمكة المكرمة على هامش كتاب الفروق .
- حاشية البنانى على هامش شرح الزرقانى ، طبعة مصطفى محمد (السابقة) .
- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقى (١٢٣٠ هـ) ، مطبقة مصطفى محمد .
- شرح الخرشى على مختصر خليل ، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشى (١١٠١ هـ) ، المطبعة الأميرية ، ١٣١٧ هـ .
- شرح الزرقانى (١٠٩٩ هـ) ، طبعة مصطفى محمد عبد الباقى بن يوسف بن أحمد الزرقانى ، شرح الزرقانى على مختصر خليل .
- شرح منح الجليل على مختصر خليل ، محمد عليش (١٢٩٩ هـ)، المطبعة التجارية الكبرى .
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب (٩٥٤ هـ) ، مطبعة السعادة ، سنة ١٣٢٩ هـ .

جـ- المذهب الشافعي :

- إعانة الطالبين حاشية فتح المعين ، أبو بكر الدمياطى .
- الأشباه والنظائر ، للإمام جلال الدين السيوطى ، دار إحيار الكتب العربية ، عيسى البابى الحلبى .

◆ الأم ، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعى (٢٠٤ هـ) ، المطبعة الأميرية ، سنة ١٣٢١ هـ .

◆ المجموع شرح المهذب ، أبو زكريا محيى الدين بن شرف النووى (٦٧٦ هـ) ، طبعة جديدة ، الناشر / زكريا على يوسف .

◆ المهذب ، إبراهيم بن على بن يوسف الشرازى (٤٦٧ هـ) ، طبعة عيسى البابى الحلبى بالقاهرة .

◆ الوجيز فى فقه مذهب الإمام الشافعى ، أبو حامد محمد بن محمد الغزالى (٥٠٥ هـ) ، مطبعة الآداب والمؤيد بالقاهرة ، سنة ١٣١٧ هـ.

◆ حاشية البجيرمى على شرح المنهاج ، للبجيرمى (١٢٢١ هـ) ، المطبعة الأميرية ، سنة ١٣٠٩ هـ .

◆ حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب ، طبعة مصطفى الحلبى ، ١٣٦٠ هـ .

◆ حاشية على تحفة الطلاب ، عبد الله حجازى بن إبراهيم الشرقاوى الأزهرى (سنة ١٢٢٧ هـ) ، مطبعة مصطفى الحلبى ، سنة ١٣٦٠ هـ .

◆ حاشية عميرة مع حاشية القليوبى على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين ، طبعة ١٩٥٦ م .

◆ حلية العلماء تأليف أبى بكر محمد بن أحمد القفال الشاش ، مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٢٦٥ .

◆ شرح منهاج الطالبين ، جلال الدين المحلى ، مطبعة عيسى البابى الحلبى ، سنة ١٣٧٥ هـ .

- قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ، عز الدين بن عبد السلام (٦٦٠ هـ) ، مطبعة الاستقامة .
- مختصر المزنى ، أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزنى (٢٦٤ هـ) بهامش كتاب الأم .
- مغنى المحتاج إلى شرح المنهاج ، شمس الدين محمد بن أحمد الشربينى (٩٧٧ هـ) ، طبعة القاهرة ، ١٣٠٤ هـ .
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزه بن شهاب الدين الرملى (١٠٠٤ هـ) ، طبعة البابى الحلبى ، سنة ١٥٧ هـ .

د - المذهب الحنبلى :

- الروض المربع شرح زاد المستقنع ، للشيخ منصور البهوتى .
- الفتاوى الكبرى ، شيخ الإسلام أبو العباس تقى الدين أحمد بن عبد الحليم المشهور بابن تيمية (٧٢٨ هـ) ، طبعة بتقديم الأستاذ الشيخ / حسنين مخلوف مفتى الديار الأسبق .
- القواعد ، للحافظ ابن رجب ، طبعة ١٣٥٢ هـ .
- المغنى ، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (٦٢٠ هـ) على مختصر الخرقى (٣٣٤ هـ) ، مطبعة الإمام بالقلعة بمصر ، تصحيح الدكتور محمد خليل هراس .
- كشاف القناع عن متن الإقناع ، منصور بن يونس البهوتى (١٠٥١ هـ) ، مطبعة أنصار السنة المحمدية ، سنة ١٣٦٦ هـ .

هـ ـ المذهب الظاهرى :

- المحلى ، أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهرى (٤٥٦ هـ) ، المطبعة المنيرية ، ١٣٤٧ هـ ، تحقيق الأستاذ/ أحمد شاكر .

و ـ فقه الشيعة الزيدية :

- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، للإمام المجتهد المهدى لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى (سنة ٨٤٠ هـ)، الطبعة الأولى ، ١٣٦٨ هـ ـ ١٩٤٨ م .

ز ـ فقه الشيعة الإمامية :

- المختصر النافع ، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن يحيى الهزلى الحلى ، ٦٧٦ هـ ، الطبعة الثانية .

س ـ فقه الاباضية :

- شرح النيل وشفاء العليل ، محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش الحفصى العدوى الجزائرى ، ١٣٣٢ ، القاهرة ، ١٣٤٣ هـ .
- كتاب النيل ، ضياء الدين عبد العزيز بن إبراهيم الثمينى ، المتوفى سنة ١٢٢٣ هـ .

سادساً : كتب الفقه العام :

- اعلام الموقعين عن رب العالمين ، لابن قيم الجوزية المتوفى (سنة ١٣٨٩ هـ) ، طبعة ١٣٨٩ هـ .
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لابن رشد الحفيد .
- زاد المعاد فى هدى خير العباد ، لابن قيم الجوزية .

سابعا : كتب أحكام الأسرة :

- أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ، أ . د . / عبد الرحمن تاج ، دار الكتاب العرب ، بمصر .
- أحكام الأسرة فى الإسلام ، أ . د . / محمد سلام مدكور ، طبعة ١٣٨٨ هـ ــ ١٩٦٩ م .
- أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى ــ القسم الأول ــ عقد الزواج وآثاره ، أ . د ./ محمود بلال مهران ، الطبعة الأولى ، ١٤٢١ هـ ــ ٢٠٠٠ م ، دار الثقافة العربية .
- الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية ، أ . د . / زكريا البرى ، الطبعة الثالثة .
- الإسلام والأسرة ، أ . د . / عبد الفتاح أبو العينين .
- المحيط فى شرح مسائل الأحوال الشخصية ، المجلد الثانى ، أحكام عقد الزواج ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠١ م .
- فى أحكام الأسرة ــ دراسة مقارنة ــ الزواج والفرقة ، أ . د . / محمد بلتاجى ، طبعة دار التقوى ، ١٤٢١ هـ ــ ٢٠٠١ م .

ثامنا : كتب أخرى معاصرة :

- أحكام المعاملات الشرعية ، للشيخ / على الخفيف .
- الآثار المترتبة على تخلف شروط العقد ، دراسة مقارنة ، أ . د./ محمد رفعت الصباحى ، طبعة ١٩٨٣ ، ١٩٨٤ م .
- الأموال ونظرية العقد ، د . / محمد يوسف موسى ، سنة ١٩٥٢م.
- الاشتراط لمصلحة الغير فى الفقه الإسلامى والقانون المقارن ، د. /

عباس حسن محمد ، طبعة ١٩٨٤ م .

◆ الالتزامات فى الشرع الإسلامى ، للمرحوم / أحمد إبراهيم بك ، توزيع دار الأنصار .

◆ الخيارات فى الفقه الإسلامى ، أ . د . / على أحمد مرعى ، الطبعة الأولى ، ١٣٩٦ هـ ـ ١٩٧٦ م .

◆ الشرط كوصف للتراضى فى القانون المدنى المقارن والشريعة الإسلامية ، أ . د . / محمد شتا أبو سعد ، طبعة عالم الكتب ، طبعة ١٩٨١ م .

◆ الشروط الشائعة فى المعاملات وأحكامها فى الشريعة والقانون ، د./ ذكى الدين شعبان ، المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ، العدد ٣، ٤ ، مارس ويونيه سنة ١٩٥٥ م ، السنة الخامسة وعشرين .

◆ الفقه الإسلامى ، د . / محمد سلام مدكور ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٥٤ م .

◆ المدخل الفقهى العام ، للأستاذ / مصطفى أحمد الزرقا ، الطبعة التاسعة ، ١٩٦٧ ـ ١٩٦٨ م .

◆ المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، أ . د . / محمد مصطفى شلبى، طبعة دار النهضة العربية ، ١٤٠٣ هـ ـ ١٩٨٣ م .

◆ المدخل للفقه الإسلامى ، أ . د . /

◆ المدخل للفقه الإسلامى ، د . / محمد سلام مدكور ، الطبعة الأولى، سنة ١٣٨٠ هـ ـ ١٩٦٣ م .

◆ المعاملات الشرعية المالية ، لأحمد بك إبراهيم .

♦ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ، أ . د . / أحمد فـراج حسين ، طبعة الدار الجامعية ، ١٩٨٧ م .

♦ النظريات العامة فى المعاملات فى الفقه الإسلامى ، أبحـــاث فـــى نظرية العقد ، دروس لطلبة الدراسات العليا ، شعبة الفقه المقـــارن ، كلية الشريعة والقانون .

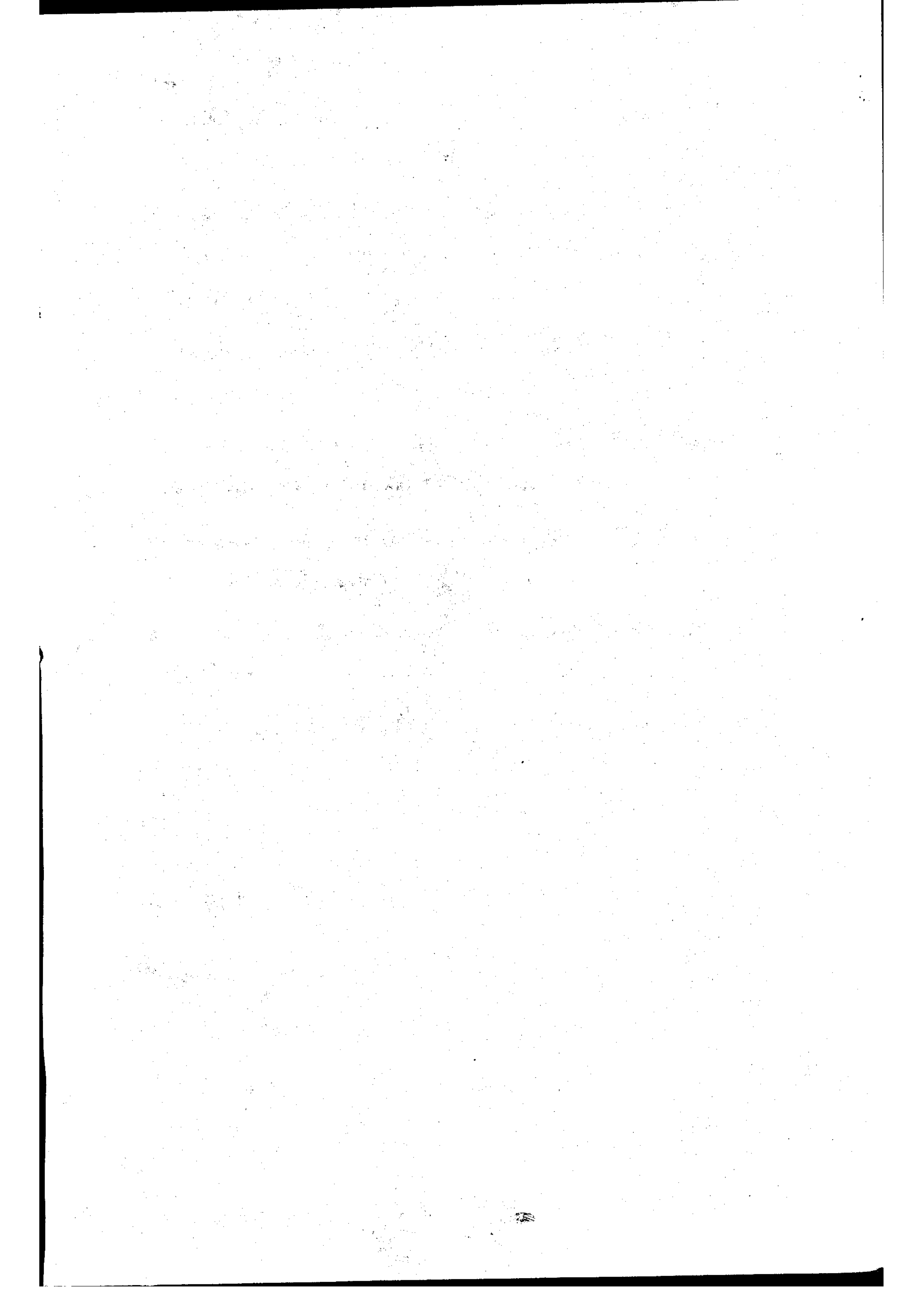
♦ قطوف من العقود فى الفقه الإسلامى ـ دراسة مقارنـــة ، أ . د . / على أحمد مرعى ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤ هـ ـ ١٩٩٣ م .

♦ مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، أ . د . / يوسف القرضـــاوى ، مكتبة وهبه ، الطبعة الرابعة ، ١٤٢١ هـ ـ ٢٠٠١ م .

♦ نظرية الشرط فى الفقه الإسلامى ، أ . د . / حسن على الشـــاذلى، دار الاتحاد العربى للطباعة .

♦ نظرية العقد فى الفقه الإسلامى ، أ . د . / محمود شوكت العـدوى، طبعة ١٩٧٨ م .

♦ نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى ، أ . د . / حسين حامد حسـان، ١٩٧١ م .



فهـرس الموضوعات

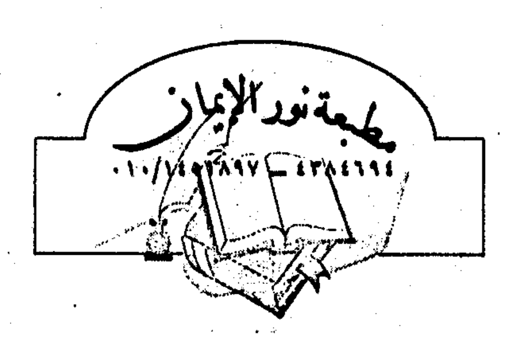
الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

رقم الإيداع ١١٩٩٠ / ٢٠٠٠

الترقيم الدولى 977-10-1389-0


مطبعة نور الإيمان
٤٣٨٤٦٩٤ - ٠١٠/٧٤٥٣٨٩٧